

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA PROVISION
DANS LES EFFETS DE COMMERCE

THÈSE
POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

PAR

Pierre HAOUR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER
LAURÉAT DE LA FACULTÉ



MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1919

DE
LA PROVISION

DANS LES EFFETS DE COMMERCE

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA PROVISION
DANS LES EFFETS DE COMMERCE

THÈSE
POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

PAR

Pierre HAOUR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ



MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN ET MONTANE
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdasson

1919

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

- MM. Brémont**, Doyen, professeur de Droit administratif.
Charmont, professeur de Droit civil.
Chausse, professeur de Droit romain.
Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.
Moye, professeur de Droit international public.
Morin, professeur de Droit civil.
Bridrey, professeur de Droit romain.
Donnedieu de Vabres, professeur de Droit criminel (suppléé).
Vigié, Doyen honoraire.
Laborde, professeur honoraire.
Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Valéry, *président*.

Moye.

Morin.

} *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE

LA PROVISION

DANS LES EFFETS DE COMMERCE

INTRODUCTION

Nous n'avons point ici à aborder l'étude encore hasardeuse des origines historiques de la lettre de change et du chèque. Nous nous bornerons à retracer à grands traits l'évolution de leur rôle économique, car la nature de ce rôle détermine, ainsi qu'on le verra, la position et l'importance exacte de la théorie de la provision dans l'ensemble de l'institution cambiaire.

La lettre de change a été créée dans l'unique dessein d'éviter d'un lieu à un autre un transport onéreux et parfois irréalisable d'espèces métalliques. Elle était uniquement le moyen d'exécution du con-

trat de change « tiré » («cambium trajecticium ») qui permettait, ainsi que l'on sait, d'opérer par un simple jeu d'écritures des règlements commerciaux entre pays qui n'admettaient point de système monétaire commun, ou se trouvaient éloignés l'un de l'autre. Quel était la nature juridique du contrat de change? Selon l'opinion dominante il constituait une « vente d'argent absent contre de l'argent présent » : le commerçant qui voulait effectuer un paiement ou se procurer des fonds disponibles sur une place étrangère les achetait au banquier cambiste : celui-ci, contre versement immédiat d'espèces, donnait au commerçant la lettre de change au moyen de laquelle les fonds absents, existant sur la place étrangère, devaient lui être délivrés. Un tel contrat ne peut être conçu que moyennant la réunion de deux éléments : il faut d'abord que la lettre de change soit tirée d'un lieu sur un autre, car c'est un déplacement de fonds, un transport d'espèces que l'on veut éviter (l'on trouve là l'origine d'une des exigences de la loi en matière de lettre de change : l'obligation d'une remise de place à place, qui n'a été supprimée qu'en 1894). Il est nécessaire en outre que la somme d'argent indiquée sur l'écrit existe réellement au lieu où doit s'effectuer le paiement. C'est en effet cet « argent absent » qui est l'objet du contrat et l'on ne concevrait pas la vente d'une chose inexistante. Or, cet argent absent, cette valeur vendue par le banquier tireur et livrable par le banquier tiré, c'est ce qui constitue la provision.

En ce premier état du droit, elle est de l'essence

même de la lettre de change, qui, à défaut de provision, perdrait sa raison d'être. Il est fort probable que cette provision devait exister dès l'instant même où le contrat de change se liait par l'établissement et la négociation de l'écrit. Nous verrons qu'à la veille même de la rédaction du Code de 1807, certains auteurs réclamaient cette préexistence de « l'argent à vendre ».

Mais avec le développement des relations commerciales, les institutions primitives tendent à s'assouplir et à se modifier. La lettre de change n'est point restée confinée dans ce rôle étroit d'instrument de paiement bancaire. Elle s'est évadée du contrat de change, son berceau primitif, pour assumer un emploi nouveau : elle est aujourd'hui, par dessus tout, un procédé d'utilisation et, si l'on peut dire, de mobilisation du crédit.

Cette transformation s'est opérée à la longue et par étapes. On peut en retrouver l'origine dans l'usage qui s'établit de faire accepter les lettres de change par ceux sur lesquels elles étaient tirées. On procédait ainsi dans les grandes foires du Moyen Age où se concentrait l'activité commerciale de l'Europe : le règlement des vastes opérations qui s'y traitaient, s'effectuait le dernier jour de la foire, au moyen de lettres de change dont la valeur était exprimée en une monnaie-étalon fictive, l'écu de marc. Pour faciliter et hâter le paiement de ces traites, on imagina de les présenter, un jour à l'avance, au débiteur, pour lui permettre de vérifier si la somme portée sur la traite correspondait bien

aux opérations traitées et borner les opérations du lendemain à de simples transferts d'espèces (1). Si le tiré approuvait les chiffres de la traite, il donnait sa signature, en marque d'acceptation, sur la lettre de change. C'était une véritable reconnaissance de dette, car au moment où elle intervenait, le tiré était à même de connaître une situation qui se liquidait le jour suivant. Dès lors, le tiré qui avait accepté la traite ne devait pas être admis à la contester au moment d'y faire honneur. Il y avait plus qu'une présomption, il y avait véritablement preuve absolue que le tireur se trouvait créancier du tiré pour la somme marquée, c'est-à-dire que la traite avait provision. « Acceptation vaut provision » : la première n'est que le signe, la manifestation écrite de l'existence de l'autre.

Cette sorte d'identité ne se maintint pas : à la longue l'acceptation et la provision devinrent indépendantes. En premier lieu l'usage impératif de l'acceptation en veille de liquidation se perdit, à la fin des foires. N'étant plus réglementée de la sorte, l'acceptation fut employée en d'autres occasions, en

(1) Cet usage avait établi une pratique fort analogue à celle qui est aujourd'hui employée pour les liquidations en Bourse. Sur les origines de la lettre de change, et spécialement sur les lettres payables en foire et les procédés de règlement par voie de virements dus aux templiers, consulter l'important article de M. Valéry « Une traite de Philippe le Bel. Contribution à l'histoire de la lettre de change » dans la Revue générale du Droit, 1908, p. 185 et 1909, p. 48 et 97.

dehors des foires. Et ses modalités s'assouplirent en même temps que son usage se répandait. C'est ainsi que l'on put présenter une traite à l'acceptation non plus seulement à la veille même du jour où elle doit être payée, mais plus ou moins longtemps à l'avance. Transformation capitale : dès l'instant que la lettre de change comporte une durée supérieure à celle qui est matériellement nécessaire au transport de son bénéficiaire jusqu'au lieu où elle est payable, elle va pouvoir servir d'instrument de crédit. En effet, l'acceptation intervenant fort en avant de l'échéance produit sans doute le même résultat qu'autrefois : elle engage définitivement le tiré. Mais elle est donnée dans des conditions fort différentes : pendant le délai qui va s'écouler entre l'acceptation et l'échéance, la situation respective des parties est susceptible de modifications. Le tiré, réellement débiteur quand il accepte, peut être devenu créancier à son tour, le moment venu d'acquitter la traite. A l'inverse, il peut donner cette acceptation sans être d'ores et déjà débiteur, parce qu'il prévoit qu'il sera effectivement débiteur à l'échéance. Dès l'instant que l'acceptation s'espace de l'échéance, elle devient une formalité indépendante, un mode d'engagement particulier du tiré. Elle fait bien présumer que le tiré doit au tireur la somme portée sur la traite, mais elle ne constitue plus la preuve irréfutable, l'aspect extérieur de la provision. Il se peut en effet que, sous l'action de mobiles divers, le tiré accepte la traite sans être débiteur du tireur.

Grâce à l'acceptation ainsi transformée, l'ancien instrument du contrat de change se modifie. L'acceptation donne à la lettre de change une valeur qui repose sur la solvabilité de celui qui a apposé sa signature: il ne s'agit plus essentiellement de savoir si « la somme existe » mais bien plutôt si « le tiré paiera »; il arrivera souvent que, pour sauvegarder son crédit, pour ne pas laisser ébranler sa situation commerciale, pour faire honneur à sa signature, l'accepteur acquittera la traite même sans avoir provision. L'idée de valeur à transporter d'un lieu à un autre s'estompe: la provision, sans doute, reste une garantie précieuse de la lettre de change; dans ce nouveau rôle d'instrument de crédit, elle n'en est plus un élément essentiel.

Vers le milieu du xvii^e siècle, apparaît la « clause à ordre ». Jusque là, la lettre de change était émise au bénéfice d'une personne dénommée qui seule avait le droit d'en toucher le montant, soit en personne, soit par l'intermédiaire d'un mandataire (1). Désormais la lettre de change va devenir cessible par endossement (on dit alors: aval) et la propriété en sera transférée d'une manière aisée, sans que le concours des banquiers soit nécessaire. La voilà devenue un instrument de circulation très commode et dont l'emploi va se généraliser. Mais cette trans-

(1) La clause *tibi vel cui ordinaueris* que l'on rencontre dès le Moyen Age. n'a pas d'autre portée que de permettre un simple endossement de procuration — V Thaller. *Annales de Droit Commercial* 1906, p. 112.

formation accentue son caractère d'instrument de crédit. Tous les souscripteurs et endosseurs sont en effet garants du paiement de la traite : plus elle circule, plus elle a de chances d'être finalement payée. Elle a pu, à son origine, n'avoir qu'une valeur douteuse et précaire, mais revêtue de signatures solvables elle a acquis pour elle-même cette solvabilité, et celui à qui on la proposera en paiement d'une dette, n'hésitera pas, grâce à la vertu du crédit, à la considérer comme équivalant à la plus saine monnaie. De tels avantages firent désirer que la lettre de change pût s'employer partout : les commerçants d'une même place avaient intérêt à l'utiliser pour leurs règlements. La nécessité ancienne d'une « remise de place à place » avait peu à peu perdu sa raison d'être. Survivance d'un état de choses périmé, elle n'a constitué, pendant plus d'un siècle qu'une gêne et une entravé pour le commerce.

Dans ce nouvel aspect de la lettre de change, il n'y a plus *nécessairement* transport à effectuer, ni même valeur à transporter. La remise de place à place, la provision passent au second plan. Il s'agit avant tout d'utiliser pour les règlements commerciaux une valeur nouvelle : celle des signatures mêmes, celles du crédit. Mais cette transformation, opérée dans le domaine de la pratique et sous le coup des nécessités commerciales, n'a été que tardivement et imparfaitement consacrée par la doctrine et par la loi. C'est ainsi que Pothier voit encore dans la lettre de change à peu près uniquement le mode d'exécution du contrat de change, par lequel

« je vous donne, ou m'oblige de vous donner une certaine somme en un certain lieu pour et en échange d'une somme d'argent que vous vous obligez à me faire compter en un autre lieu » (1). En vertu de cette conception traditionnelle, on voit la jurisprudence exiger, alors que l'ordonnance de 1673 était muette, une remise de place à place pour reconnaître la validité de la lettre de change (2), car sans transport de valeur, il n'y a point contrat.

Après une discussion où l'on fit vainement valoir les avantages pratiques qu'entraînerait la suppression de la remise de place à place, elle fut adoptée dans le Code de 1807, sous les articles 110 et 112.

Quant à la provision, elle était prévue à l'article 16 de l'ordonnance de 1673 dans les termes suivants: « Les tireurs ou endosseurs des lettres seront tenus de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui elles étaient tirées leur étaient redevables ou avaient provisions au temps qu'elles ont dû être protestées; sinon, ils seront tenus de les garantir ». C'est au moment du protêt que, d'après les termes de l'ordonnance, la provision devait être faite. A la vérité, la tradition stricte du contrat de change réclamait davantage: si on est en présence d'une vente d'argent, on est amené logiquement à exiger l'existence de la provision dès le moment même de l'émission de la traite, puisque cette pro-

(1) Traite du contrat de change n^{os} 2 et 3.

(2) Cass. 2 vendémiaire an X ; Cass. 8 brumaire an XIV ; v. Répert. Dalloz v^o Effets de commerce n^o 45.

vision est précisément l'objet de la vente. Ce point de vue s'est fait jour au cours des travaux préparatoires du Code de 1807 (1). Il avait été soutenu par le tribun Duveyrier (2). Et certains commentateurs du Code l'ont repris postérieurement. Ainsi Pardessus (3) déclare encore : « Le contrat de change participant du contrat de vente, quiconque tire le mandat que l'on nomme lettre de change et en reçoit le prix, s'approprie frauduleusement le bien d'autrui s'il ne possède pas ou n'est pas en état de verser *immédiatement* la valeur entre les mains de celui sur qui il assigne le paiement. Rigoureusement parlant, cette valeur devrait exister *à l'instant même* que la convention de change est contractée, puisqu'une condition essentielle au contrat de vente est l'existence de la chose vendue... »

Du point de vue de la tradition pure, cette conception est parfaitement orthodoxe. Mais elle n'a point été adoptée par le Code de 1807. Il a bien fallu en effet, modeler la législation sur la réalité économique. Aussi, tout en restant aussi fidèle que possible au point de vue primitif que nous venons d'exposer, le Code a néanmoins consacré la légitimité de l'emploi de la lettre de change comme instrument de crédit. La lettre de change sert toujours à transporter une valeur d'un lieu à un autre : d'où la dis-

(1) Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial, 3^e éd., tome IV, n° 36

(2) V. Locré. Code de Commerce. T. II, p. 157.

(3) Traité du contrat et des lettres de change, n° 93 et ss.

position relative à une provision, c'est-à-dire à une valeur transportée et l'exigence d'une remise de place à place, sans laquelle il n'y aurait point transport. Mais la lettre de change est également un instrument de crédit. Aussi la provision n'est-elle pas exigée dès l'instant de l'émission de l'effet, ce qui serait exclusif de tout emploi de crédit ; le Code la prévoit seulement pour le moment de l'échéance. Notons en effet que la provision n'est nulle part *exigée* : l'article 116 se borne à en donner une définition en énumérant les conditions moyennant lesquelles elle existe. De sorte qu'envisagées dans leur ensemble, les dispositions du Code présentent un caractère de transaction, de conciliation entre deux points de vue nettement distincts sinon opposés. Nous verrons en les étudiant en détail les difficultés et les incertitudes qui résultent de la position adoptée par le législateur.

L'évolution que nous venons de retracer s'est poursuivie au cours du xix^e siècle. Grâce à la pratique de l'escompte, largement répandue sur les places de commerce, la lettre de change n'a pas cessé de développer son rôle de crédit. Elle permet d'utiliser immédiatement comme élément d'actif dans l'intérêt des entreprises, des quantités de créances qui ne devenant exigibles, selon les usages commerciaux, qu'au terme d'un assez long délai, auraient dû rester normalement immobilisées et improductives.

Par contre, les traces de l'ancien contrat de change tendent à disparaître. C'est ainsi que par

une loi du 7 juin 1894, l'exigence ancienne de la remise de place à place a été supprimée. Elle était pourtant « la pierre angulaire » de l'ancien contrat de change, mais on a dû la sacrifier aux réalités modernes. Depuis longtemps, pour se dispenser d'observer une règle gênante, la pratique avait imaginé une sorte de supercherie de style : on portait sur la traite l'indication d'un lieu quelconque, autre que celui où elle était payable et d'où elle était supposée tirée. Ce détour est désormais inutile.

Si la loi n'hésite plus à rompre avec la conception originaire du contrat de change, c'est que le rôle économique de cette antique institution est désormais tenu par un nouvel effet de commerce, à bien des égards comparable à la lettre de change primitive, quoique plus souple et plus perfectionné qu'elle n'était. Le chèque, introduit en France par la loi du 14 juin 1865, est un instrument très complet de transport de valeur et de paiement, il peut être émis soit de place à place, soit entre commerçants ou particuliers établis en un même lieu. A cet égard il présente sur la lettre de change des avantages divers et paraît appelé à la supplanter complètement dans son emploi primitif. Au cours des travaux préparatoires de la loi de 1865, M. Darimon signalait dans son rapport (1) qu'en Angleterre, une sorte de confusion s'est opérée entre le chèque et la lettre de change payable à présentation, qui n'est qu'un simple instrument de paiement et

(1) V. Dalloz, 1865 4-48.

non de crédit. Soumis par la loi anglaise aux mêmes conditions de forme et au même régime fiscal, les deux effets de commerce font double emploi, ou plutôt la lettre de change a été absorbée par le chèque.

Il semble donc que l'apparition du chèque marque le terme de l'évolution de la lettre de change. Celle-ci, dépossédée de ses attributions primitives, se trouve désormais cantonnée dans le nouvel emploi que lui créèrent au cours de son histoire les nécessités toujours plus impérieuses du crédit.

C'est sous cet aspect exclusif que l'envisagent les législations récentes, survenues postérieurement à l'apparition du chèque. Ces législations, qui forment une imposante majorité, voient dans la lettre de change un contrat fondé avant tout sur la confiance qu'inspire le crédit des souscripteurs de l'effet, un contrat produisant uniquement des obligations personnelles. Nous signalerons en leur lieu les modifications que ce nouveau point de vue a amenées dans l'importance relative donnée aux éléments de la lettre de change. Contentons-nous de noter que dans les lois dont nous parlons, la provision cesse d'être prévue comme matière de change. Quant au rôle primitif de la lettre de change il est, avons-nous dit, désormais tenu par le chèque. Perfectionné et « mis au point » en Angleterre, il a vu son emploi se généraliser dans le monde entier. Le chèque est devenu une sorte de monnaie de papier. Grâce à l'institution des chambres de compensation, il rend possible, sans déplacement d'espèces, le rè-

glement d'opérations commerciales qui se chiffrent par centaines de milliards.

D'autre part le chèque permet de réaliser toutes les modalités de paiement. Il n'a pas de sa nature un caractère commercial, il peut être tiré sur toute personne, il peut être établi « au porteur » et transmissible sans la formalité de l'endossement, enfin il jouit d'un régime fiscal privilégié. Tous avantages qui tendent à le faire préférer à la lettre de change.

Mais dans ce rôle d'instrument de règlement qu'il remplit de manière si complète, le chèque est strictement spécialisé: c'est un moyen de retirer des fonds que le tireur possède chez un tiers; le chèque est de son essence payable sans délai. Ce n'est pas et ce ne doit pas être un instrument de crédit. Il sert soit à procurer sur le champ des espèces, soit à opérer des règlements par compensation: il faut donc qu'il y ait provision. Et cette provision doit exister au moment même de l'émission: la loi sanctionne directement le défaut de provision et y attache des conséquences pénales. Observons que la provision est directement visée et sanctionnée en matière de chèque par certaines lois étrangères qui laissent de côté la provision lorsqu'elles traitent de la lettre de change. Il en est ainsi en Allemagne et en Autriche.

Nous allons étudier la provision d'abord en matière de lettre de change, puis en matière de chèque. Cette étude nous conduira à rechercher quelle est la nature de la provision, quels en sont les caractères. Nous nous poserons ensuite le problème de

son attribution qui est la question capitale de la matière. Il nous restera à préciser les conséquences qui découlent de l'absence de provision, puis à déterminer à qui incombe la preuve de la provision et comment cette preuve doit se faire. Un examen succinct des législations étrangères et des questions de droit international qui s'élèvent sur le terrain de la provision clôturera notre exposé. Lorsqu'il sera complet pour les deux matières, il sera possible et utile de comparer, au point de vue de la provision, la lettre de change et le chèque : c'est à quoi nous consacrerons notre chapitre de conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA PROVISION EN MATIERE DE LETTRE DE CHANGE

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET CARACTÈRES DE LA PROVISION

Les auteurs anciens ne s'accordaient pas sur la définition précise à donner de la provision. Nous avons vu que pour Pothier la lettre de change est un mandat donné au tiré par le tireur, pour exécution du contrat de change. La provision, c'est la valeur, créance ou somme d'argent qui couvrira le tiré des frais engagés pour l'exécution de ce mandat. Selon Jousse la lettre de change implique la cession, le transport d'une somme d'argent que le tireur a chez le tiré et qui passe au porteur. Dupuis de la Serra a modifié la définition de Jousse et corrigé ce qu'elle a d'un peu étroit. Le contrat de change est plutôt une cession de créance de tireur à porteur qu'une vente proprement dite de somme d'argent.

La provision est donc cette valeur, somme d'argent ou créance, qui a été confiée au tiré par le tireur, ou qui existe chez le tiré à son compte. C'est elle qui explique que le tireur puisse émettre une traite, et que le tiré soit disposé à la payer. Lorsque le tireur est créancier du tiré, ou qu'il lui a envoyé des fonds ou des valeurs, il a en effet *pourvu* au paiement de l'effet. D'où le terme de provision (1) pour désigner cette valeur qui est au compte du tireur chez le tiré et doit servir au paiement de la lettre de change. L'article 116 énumère les conditions que doit remplir la provision pour répondre au vœu de la loi. Nous allons, dans ce chapitre, les examiner en détail.

§ 1. — *En quoi peut consister la provision*

Quelles formes diverses peut revêtir cette valeur dont le tireur dispose chez le tiré et qui sert au paiement de la traite? Tel sera l'objet de ce premier paragraphe.

1. Le plus souvent la provision consiste en une créance d'argent que le tireur possède contre le tiré: c'est le cas le plus simple et le plus normal. Aux termes de l'article 116 du Code de commerce, il n'est pas nécessaire que cette créance soit déjà née au moment de l'émission de la traite, il suffira qu'elle existe au moment de l'échéance. On n'a point

(1) De l'italien : *provvedere*, pourvoir.

d'égard de son origine : elle peut être née d'un contrat, ainsi un vendeur pour se payer tirera une lettre de change sur son acheteur ; elle pourra également servir à l'exécution d'une donation : le donataire dûment autorisé fera traite sur le donateur ; mais elle pourrait dériver de toute autre source : délit, quasi-délit, quasi-contrat : une dette née d'un fait de gestion d'affaire se règlera parfaitement au moyen d'une lettre de change. Peu importe également que la créance du tireur soit de nature civile ou commerciale. L'on doit toutefois faire ici une observation : le droit du change est plus rigoureux que le droit commun à l'égard du débiteur ; les divers souscripteurs d'une lettre de change contractent généralement, en apposant leur signature sur cet effet des obligations plus strictes que celles qui résultaient de leur situation antérieure. On ne saurait admettre qu'un débiteur puisse, sans y avoir consenti, voir sa situation aggravée du fait que son créancier aurait tiré sur lui une lettre de change. C'est ce qu'expriment les auteurs en disant que la créance ne peut constituer légalement provision que si elle est *disponible*, c'est-à-dire si le débiteur a donné son adhésion à l'adoption de la traite comme moyen de règlement. Ce consentement est le plus souvent tacite. On admet, en vertu d'usages déjà constatés par Pothier (1) que si le créancier et le débiteur sont tous deux commerçants, l'un peut toujours valablement faire traite sur l'autre. Par con-

(1) Contrat de change n° 92.

tre, si le débiteur n'est point un commerçant ou si la dette n'a pas le caractère commercial, le tiré sera en droit de refuser acceptation ou paiement de l'effet, lorsqu'il n'en a pas préalablement autorisé l'émission (1).

Examinons les conditions que doit remplir une créance pour pouvoir constituer la provision d'une traite. Ces conditions sont déterminées par le double rôle que remplit la provision : pour le tiré qui accepte la lettre de change et se lie ainsi directement envers le porteur, la provision est une sûreté de l'obligation personnelle qu'il contracte. C'est au moment de l'acceptation qu'il en appréciera donc les éléments. Pour le porteur, la provision constitue une garantie de paiement : c'est à l'échéance que cette garantie jouera pour lui.

L'article 116 du code de commerce indique qu'il n'y a provision qu'autant que le tiré est redevable au tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change. Si sa dette est inférieure au chiffre porté sur la traite, le tiré peut évidemment ne pas l'accepter, car ce serait s'exposer à payer au-delà de ce qu'il doit. Mais il peut valablement (art. 124, C. commerce) donner une acceptation restreinte, jusqu'à concurrence du montant de sa dette. Pour le surplus, le porteur de l'effet devra faire dresser protêt afin de pouvoir exercer les recours et mettre en jeu les garanties que lui accorde la loi. Nous verrons que même à défaut d'acceptation par-

(1) Cf. Montpellier 13 mars 1903. *Le Droit*, 27 juin 1903.

tielle du tiré, la jurisprudence reconnaît au porteur le droit de se prévaloir d'une provision insuffisante.

La créance, considérée au moment de l'échéance de la traite, doit en outre être *exigible*. Elle ne doit point être affectée d'un terme, car l'on peut dire en ce sens que « qui a terme ne doit rien » : le tiré qui n'est obligé de payer qu'au bout d'un certain temps serait indûment déchu du bénéfice de ce terme, s'il était obligé d'acquitter la traite à l'échéance.

A plus forte raison, la provision ne saurait consister en une créance conditionnelle; car la condition tient en suspens non seulement l'exigibilité mais l'existence même du droit. Le débiteur sous condition ne pourrait accepter la traite que sous condition également, ce qui est prohibé par l'article 124 du Code de commerce. Enfin le sort de l'effet demeurerait en suspens jusqu'au moment où la condition se réaliserait ou deviendrait caduque, ce qui est évidemment incompatible avec les exigences du crédit (1).

La créance doit elle, en outre, être *liquide*? Cer-

(1) Notons néanmoins que la jurisprudence, interprétant d'une manière très extensive dans l'intérêt du porteur, la notion de provision, admet qu'une créance non exigible ou même simplement éventuelle doit être considérée comme formant provision. Sauf la limitation provenant des modalités de la créance, elle reconnaît au porteur, dans ces hypothèses, les mêmes droits que sur une provision valablement constituée. Voir Cass. 20 juin 1854. D. 54-4-305.

tains auteurs ont autrefois contesté que ce fut là une exigence de la loi et ils décidaient que le juge conservait dans chaque espèce un plein pouvoir d'appréciation. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée tant en doctrine (1) qu'en jurisprudence (2). On observe, en effet, que, tant qu'une créance n'est pas déterminée dans son montant, le débiteur ne peut être contraint de s'acquitter. D'autre part, une fois les comptes apurés, la créance pourrait se trouver inférieure au montant de la traite et le tiré aurait payé plus que son dû.

Cette idée trouve une application pratique dans le cas de compte courant. Si l'un des deux correspondants fait traite sur l'autre, il ne pourra prétendre qu'il y a provision en se basant sur le fait que l'état du compte le rendrait actuellement créancier. Le compte courant forme en effet un tout indivisible; chaque créance ou chaque dette qui y entre est à l'instant dépouillée de son individualité pour revêtir la forme d'un simple élément du compte, élément qui n'en peut dès lors plus être détaché. D'autre part, tant que dure le compte courant, l'ensemble de ses éléments ne peut constituer une créance ou une dette liquide : à tout instant, en effet, de nouveaux rapports d'obligations peuvent venir s'inscrire dans le compte, modifiant la situation res-

(1) Lyon-Caen et Renault. *Op. cit.*, t. IV, 837 ; v. cep. Thaller. *Traité élém.* 3^e édition, n° 1425.

(2) Req. 9 juin 1841 Rep. Dalloz v° Effets de commerce n° 233 ; Cass. 20 juin 1854, D. 1854-1 305,

pective des correspondants. Ce n'est que lorsque les modifications cesseront de pouvoir se produire, au moment où le compte est liquidé, que l'on se trouvera en face d'une créance exigible et liquide pouvant donner lieu à émission de traite. Encore faut-il pour cela que l'arrêté de compte soit définitif : si les correspondants ont convenu d'ouvrir immédiatement un nouveau compte dans lequel sera reporté le solde du précédent, ledit solde ne pourra évidemment constituer la provision d'une traite, car son affectation au nouveau compte lui enlève son caractère d'exigibilité et de liquidité. Il est néanmoins possible, moyennant une convention formelle, de tirer une traite sur un correspondant à qui l'on est lié par un contrat de compte courant.

Lorsque la créance n'est point suffisante, exigible et liquide, il n'y a pas provision au sens de la loi. Le tiré peut donc refuser paiement ; le porteur qui aura négligé de faire dresser protêt n'est point déchu de son recours contre le tireur (art. 170 du C. com.).

2. Il est possible que le tireur ait une somme d'argent en dépôt chez le tiré ou qu'il envoie à ce dernier, peu de temps avant l'échéance, des fonds destinés à pourvoir au paiement de la traite. On a coutume de dire qu'en cette hypothèse la provision consiste *en numéraire*. Observons que l'argent, essentiellement fongible, entre dans le patrimoine du tiré aussitôt qu'il lui est remis, faisant naître à sa charge une simple obligation de restituer. C'est la créance en restitution qui constitue la provision, et

non le numéraire même : nous rentrons donc dans les termes de l'hypothèse précédente.

Mais il se peut que la somme d'argent envoyée au tiré ait été, d'accord entre les parties, considérée comme non fongible. Conservant son individualité, en vertu de cette convention, elle n'entre pas dans le patrimoine du tiré qui n'en peut par conséquent librement disposer. C'est un cas de dépôt régulier (art. 1930 et 1932 du Code civil). Jusqu'à l'échéance, le tireur, resté propriétaire, peut retirer la somme des mains du tiré (art. 1944 du Code civil). A l'échéance, le porteur de la lettre de change, cessionnaire (d'après la jurisprudence) des droits du tireur pourra en cas de faillite du tiré, faire valoir ces droits sur la somme à l'encontre des créanciers du tiré, puisqu'elle n'est point entrée dans le patrimoine de ce dernier. L'existence d'un tel dépôt est une question de fait à trancher par le juge. Mais même dans cette hypothèse, la provision ne consiste pas dans les espèces elles-mêmes, elle est bien plutôt constituée par la valeur pécuniaire de l'action de dépôt, ce qui la ramène en définitive à une créance d'argent.

Ajoutons qu'il n'y a provision valable qu'autant que l'envoi de numéraire a été fait par le tireur dans une période où il avait pleine liberté de disposer de ses fonds. C'est ainsi qu'en général, si la livraison d'espèces opérée par le tireur a lieu après la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui ont précédé, cet acte tombera sous le coup de l'article 446 du Code de commerce, comme cons-

tituant le paiement d'une dette non échue, si la traite n'est pas encore arrivée à échéance (1). La solution ne fait aucun doute lorsque la provision est adressée à un tiré qui a déjà accepté la traite. En effet, par l'acceptation le tiré devient créancier éventuel du tireur (éventualité qui se réalise lorsqu'il se voit obligé de faire honneur à la traite sur ses fonds personnels); la somme adressée au tiré avant l'échéance de la traite l'est donc à titre de paiement et de paiement de dette non échue (2).

3. La provision consistera fréquemment en marchandises ou en effets de commerce. Deux commerçants étant en rapports d'affaires, l'un d'eux fait traite sur l'autre et envoie au tiré soit des marchandises soit des effets de commerce dont la négociation couvrira le montant de la traite. Mais cet envoi d'effets ou de marchandises peut être effectuée en exécution d'opérations juridiques différentes.

a) Les marchandises ou effets sont envoyés au tiré à titre de vente: le tireur les vend, le tiré les

(1) Cass. 17 déc. 1850. D. 51-1-130; Cass. 24 janvier 1860 (D. 60-1 71); Cass. 1^{er} février 1888 (D. 88 1 213).

(2) En ce qui concerne le paiement des dettes échues, l'article 447 du Code de commerce déclare qu'il pourra être annulé, si celui qui a reçu paiement avait connaissance de l'état de cessation de paiements. Mais l'article 449 met à l'abri d'une action en rapport le tiers porteur d'une lettre de change qui aurait reçu paiement en de telles conditions. Seul le premier bénéficiaire peut être poursuivi, à condition que preuve soit fournie qu'il connaissait la cessation des paiements.

achète. C'est la créance du prix qui constitue la provision. Il n'y a point là provision « en marchandises » ou « en effets ». C'est bien d'une somme d'argent que le tiré est redevable.

b) Les marchandises ou effets sont envoyés au tiré en garantie. Dans ce cas, le tireur en conserve la propriété. Les marchandises ne constituent pas une provision, mais une sûreté que le tireur fournit au tiré pour l'engager à donner son acceptation et à faire honneur à la traite. Jusqu'à l'acceptation, le tireur est libre de reprendre les marchandises ou les effets qui n'ont point cessé de lui appartenir. Mais, une fois l'acceptation donnée, il ne lui est plus loisible d'agir ainsi, car ce serait priver le tiré de la garantie en considération de laquelle il s'est lié personnellement vis-à-vis du porteur. Si, au moment de l'échéance, le tireur adresse au tiré les fonds nécessaires au paiement, il est délié de l'obligation que garantissaient les marchandises ou les effets qui demeuraient aux mains de l'accepteur. Cette garantie n'a plus de raison d'être : les marchandises ou effets redeviennent donc disponibles et le tireur en reprendra possession.

Si, au contraire, les fonds ne lui sont pas fournis pour l'échéance, le tiré peut prendre deux attitudes. Ou bien il acquittera la traite (il en a toujours la faculté; s'il a accepté, il en a même l'obligation) et dans ce cas, l'article 93 du Code de commerce lui donne le droit, après sommation faite au tireur bailleur de gage, de faire procéder à la vente publique des marchandises ou effets, de manière à se

rembourser de l'avance par lui faite au tireur lors de l'acquittement de la traite. En quoi a consisté la provision dans cette hypothèse? Dans l'ouverture de crédit que le tiré a consentie au tireur lorsqu'il a payé la lettre de change sans avoir reçu des fonds à cet effet.

Deuxième attitude possible : le tiré refuse de payer. Dans ce cas, le porteur même négligent n'est pas, nous le verrons, forclos de son recours contre le tireur, car il n'y a pas provision, mais seulement dépôt en garantie. Il aura néanmoins souvent avantage à réaliser les marchandises ou effets mis en gage chez le tiré; la jurisprudence lui reconnaît le droit de le faire conformément à l'article 93 du Code de commerce. Mais à qui devra être adressée la sommation prévue par ce texte? Au tireur, semble-t-il, puisque (le tiré n'étant point lié par acceptation dans le cas dont nous traitons) c'est le tireur seul qui est débiteur du porteur. Cette solution présente néanmoins des inconvénients. Il suffit, pour les apercevoir, de supposer que le paiement eût dû s'effectuer à une grande distance du lieu d'émission de la traite, que celle-ci ait été tirée sur la France de l'étranger ou des colonies. Le porteur de l'effet devra subir, à raison des distances, des prolongations de délais fort préjudiciables à ses intérêts. Aussi a-t-on proposé de considérer l'opération sous un angle un peu différent. L'envoi de marchandises ou d'effets constitue le tireur créancier éventuel du prix de ces valeurs pour le cas où elles viendraient à être réalisées. Par le mécanisme de l'endossement,

le tireur cède aux endosseurs successifs cette créance éventuelle qui existe contre le tiré. De sorte que c'est au tiré, débiteur, que la sommation de l'article 93 devra être adressée (1). Si l'on admet cette analyse des rapports juridiques créés par la lettre de change, on est conduit à dire que la provision consiste dans la créance éventuelle résultant de la vente possible des objets donnés en gage.

c) Enfin les marchandises ou effets peuvent être remis au tiré en vertu d'un contrat de consignation. Le correspondant est chargé d'en effectuer la vente ou la négociation pour le compte de l'envoyeur et d'acquitter la traite fournie par celui-ci avec les fonds provenant de l'opération.

Si les marchandises ou les effets ont été négociés et que le prix en ait été touché par le commissionnaire avant l'échéance de la traite, pas de difficulté. Le tiré est débiteur du prix de vente envers le tireur. C'est cette créance du tireur qui constitue la provision.

Si les marchandises ont été vendues mais qu'à l'échéance de la traite le prix n'en ait pas encore été touché par le commissionnaire, la situation ne change pas. Le prix est dû par l'acquéreur au commissionnaire. Celui-ci en doit compte à son tour. C'est la créance du prix qui constitue provision.

Envisageons maintenant le cas où les marchandises n'ont pas été vendues. Le prix n'en existe

(1) Boistel. Précis de Droit commercial, 3^e édit. p. 531.

pas encore. D'autre part, la destination précise des marchandises n'est pas d'acquitter la traite, mais bien d'être vendues, aux termes mêmes du contrat de commission. Il n'y a donc point, dans cette hypothèse, provision *stricto sensu*. Et s'il n'a pas accepté la traite, le tiré est libre de ne point payer. (Nous supposons bien entendu qu'il ne s'est pas engagé à le faire nonobstant le défaut de vente. Même en l'absence d'une telle convention, le commissionnaire pourrait être tenu de dommages-intérêts pour la négligence et le retard apportés par lui à exécuter son contrat. Mais nous ne sommes plus ici sur le terrain du droit de change). Ajoutons que la jurisprudence, bien qu'il n'y ait pas ici provision proprement dite, admet le porteur à réaliser les marchandises ou effets confiés au tiré. Elle les considère comme un gage de la traite, par assimilation à l'hypothèse voisine et déjà examinée, où le dépôt des marchandises ou valeurs est explicitement effectué à titre de garantie.

En définitive, dans tous les cas où l'on parle usuellement de « *provision en effets de commerce* » ou de « *provision en marchandises* », nous avons en réalité rencontré une *créance d'argent*. Il importe de bien préciser : ce qui constitue la provision, ce n'est pas la valeur de forme variable remise par le tireur au tiré en vertu de leurs conventions antérieures, mais bien la créance qui résulte de cette remise (1).

(1) M. Percerou met ce point en lumière dans une dissertation (sous Rouen 11 nov. 1903 ; D 1906 2-233) où il

La distinction n'a pas seulement un intérêt théorique. Elle souligne ce fait important que le porteur, titulaire, selon la jurisprudence, de droits sur la provision, n'a pourtant aucun droit de propriété sur les marchandises elles-mêmes. La propriété des marchandises continue à demeurer sur la tête du tireur.

Si la provision consiste en une créance, il faut, pour que cette provision existe, que la créance soit née. Sans doute une créance simplement éventuelle peut, nous l'avons vu, constituer provision. Mais la provision sera évidemment elle-même éventuelle et soumise à la condition d'où dépend la naissance de la créance ; il faut que les marchandises soient vendues par le commissionnaire et que le prix en soit perçu par lui. (C'est ce qui nous faisait dire plus haut que jusqu'à la vente des marchandises, le commissionnaire n'avait pas provision et n'était point tenu d'acquitter la traite.)

Si la condition à laquelle est subordonnée la naissance de la créance devient irréalisable, la provision ne pourra naître et le porteur n'aura, en conséquence, aucun droit à prétendre sur elle. C'est ce qui se produit lorsque les marchandises ont été restituées au tireur par le tiré chargé de les vendre. Le

critique comme étant elliptique et inexacte la terminologie de certains arrêts qui parlent de « marchandises faisant provision. » « En réalité, dit-il, ce qui constitue la provision, ce ne sont pas les marchandises elles-mêmes, c'est la créance du prix résultant au profit du tireur contre le tiré de leur réception par ce dernier ».

porteur de traite n'étant point, nous le répétons, propriétaire des marchandises elles-mêmes, ne peut les suivre entre les mains du tireur, ni exciper d'un privilège pour être payé par préférence sur leur valeur.

Nous avons dit que la jurisprudence tend à voir, dans la remise des marchandises à un tiers sur lequel on fait traite, une constitution de gage au profit du porteur de la traite, pour sûreté de la créance que le porteur a contre le tireur en cas de non paiement à l'échéance et aussi de la créance que le même porteur a contre le tiré lorsque la traite a été acceptée. Rien n'empêche d'admettre cette interprétation à condition toutefois que les marchandises aient été *explicitement* affectées au paiement de la traite, car on ne saurait concevoir qu'un droit de gage fut constitué tacitement. Si ce gage existe, le porteur ne pourrait-il s'en prévaloir dans les hypothèses que nous envisageons, où les marchandises cessent de pouvoir être vendues et où la créance éventuelle lui échappe ? Non, répond M. Perce-rou (1) : nous sommes en présence d'un gage sur meuble corporel constitué par l'intermédiaire d'un tiers, qui détient l'objet du gage pour le compte du porteur. Le maintien de ce droit réel de gage a pour condition la possession effective continuée par ce tiers. Cette possession vient-elle à prendre fin, le tiers se dessaisit-il (c'est l'hypothèse) aussitôt le droit de gage disparaît (art. 92 du C. de commerce)

(1) V. dissertation précitée.

et le porteur se verra réduit à exercer les recours personnels (1).

Ayant indiqué en quoi consiste réellement la provision dite « en marchandises » recherchons à quelles conditions cette provision existera. Le simple envoi de marchandises ou d'effets au correspondant sur lequel on tirera la traite n'est pas suffisant.

a) Il faut d'abord que le tireur, au moment où il fournit la provision, ait eu le droit d'en disposer valablement. Ce droit est suspendu, on le sait, à partir du jour fixé par le jugement déclaratif de faillite comme étant celui de la cessation des paiements et même dans les dix jours qui ont précédé. On a déjà vu que le plus souvent, un envoi de numéraire effectué dans ces conditions par le tireur pour le service de la traite, tomberait sous le coup de l'article 446 du Code de commerce, comme paiement de dette non échue et qu'il n'y aurait pas provision. Ce qui est vrai pour les espèces l'est également pour les effets de commerce qui, à ce point de vue, sont, dans le Code, assimilés au numéraire. Quant aux marchandises, leur envoi ne saurait être valable pendant la période suspecte, *même si l'échéance de la traite était arrivée*, car l'article 446

(1) Ce développement se rattacherait logiquement à l'étude des droits du porteur sur la provision. Mais il nous a paru devoir prendre place ici, car il permet de mettre en relief la nature intrinsèque de la provision dans certains cas où l'on serait tenté d'hésiter sur sa consistance exacte

déclare nuls tous paiements de dettes échues faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

Ces solutions sont indiscutables lorsqu'il y a eu acceptation de la traite par le tiré, car l'envoi de marchandises constitue alors évidemment un paiement prohibé par la loi.

Mais lorsqu'il n'y a pas eu acceptation, on peut dire — c'est le raisonnement qui sert de base à plusieurs décisions de jurisprudence — que le tireur ne doit rien au tiré, même à titre éventuel. S'il envoie des marchandises au tiré, ce n'est donc pas un paiement qu'il exécute : nous sommes en présence d'un acte à titre onéreux qui échappe à la nullité édictée par l'article 446. « Aucune loi, dit un arrêt (1), n'interdit au débiteur entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite, de vendre ses marchandises et de payer ses dettes avec le prix réalisé soit en espèces, soit en effet de commerce ». Il y a donc provision valable.

Néanmoins, d'autres arrêts font au contraire tomber l'opération comme constituant, même dans cette hypothèse, un paiement prohibé par l'article 446 et se refusent à reconnaître l'existence de la provision (2).

Malgré les apparences, il n'y a pas contrariété de principe entre ces décisions. Les unes et les au-

(1) Agen 9 février 1881, D. 82-2-239. Dans le même sens : Cass. 9 janvier 1847, D. 47-1-109 ; Cass. 10 mai 1865, D. 65-1-230 ; Limoges 21 juin 1901, D. 1907-5-50.

(2) Cass. 17 déc. 1850, D. 51-1-130 ; Cass. 1^{er} fév. 1888, D. 1888-1-213.

tres ont été déterminées par les circonstances de fait auxquelles elles s'appliquaient. Lorsque des marchandises sont ainsi envoyées au cours de la période suspecte, on peut en effet se trouver en face de deux situations différentes.

Il se peut que le débiteur actuellement en faillite ait vendu des marchandises sans fraude, d'une manière sincère et véritable. Il tire une lettre de change sur son acquéreur et avant acceptation, pendant la période suspecte, lui envoie les marchandises vendues. L'acquéreur est devenu, par la vente, réellement débiteur du prix des marchandises; dès lors c'est la créance que le tireur a contre lui qui constitue la provision pour le porteur de la traite. En pareil cas, l'envoi de marchandises ne constitue pas un paiement, mais une livraison; l'article 446 ne lui est pas applicable. Toutefois, il faudra évidemment pour valider l'opération, que l'absence de fraude soit établie, car, en général, comme le fait observer un arrêt (1) « vendre une marchandise que le créancier ne peut prendre en paiement pour en attribuer le prix à ce créancier, c'est en réalité payer en marchandises; il serait facile d'éluder ainsi la loi ».

Deuxième situation: la traite est déjà tirée, quoique non acceptée. L'envoi de marchandises au tiré n'a alors d'autre cause juridique que la nécessité de faire la contre-partie de la traite, de constituer un gage aux mains du tiré pour en assurer l'acquit-

(1) V. Paris, sous Cass. 10 mai 1865 précité.

tement. Dès lors, cet envoi de marchandises constitue véritablement un paiement et, s'il est effectué en période suspecte, il sera considéré comme nul, par application de l'article 446.

b) Pour que le porteur puisse exercer ses droits sur la provision, il est également nécessaire que cette provision existe entre les mains du tiré ou, tout au moins, que celui-ci ait accepté de recevoir les marchandises ou les effets de commerce. Son refus de les recevoir serait cependant sans influence pour le cas où le porteur serait muni d'une traite documentaire. Cette sorte particulière d'effet de commerce, que nous étudierons plus loin, crée pour le porteur des droits spéciaux, indépendants des diverses attitudes que peut prendre le tiré.

c) Mais faut-il pour que les effets ou marchandises constituent provision, qu'ils aient été *spécialement affectés* au paiement de la traite? Cette condition n'est pas nécessaire: les droits que la jurisprudence reconnaît au porteur s'exerceront donc en l'absence même d'affectation spéciale. Il a été ainsi décidé par les arrêts que le porteur d'une lettre de change, non acceptée par le tiré, peut, dès avant l'échéance, s'opposer à ce que le tiré se dessaisisse des marchandises et cela sans même recourir à la saisie-arrêt: la signification d'une simple défense suffit (1). Une fois l'échéance survenue, le tiré, sur simple avertissement à lui donné qu'il y a traite,

(1) Cass. 1^{er} juin 1858. D. 58-1-387.

perd le droit de se dessaisir des marchandises qu'il défient, autrement que pour le service de la traite, quand bien même un ordre contraire lui serait adressé par le tireur (1).

4. Alors même que le tiré ne doit rien au tireur, il pourra y avoir provision s'il promet de faire honneur à la traite tirée sur lui. C'est ce que l'on appelle une ouverture de crédit; cet engagement du tiré le constitue débiteur vis-à-vis du tireur et la créance du tireur, ainsi née, forme provision de la traite. Cette ouverture de crédit pourra être garantie, on l'a vu, par la mise en possession du tiré de marchandises ou d'effets qui lui serviront de gage. Mais cette sûreté est purement facultative. Le tiré pourra s'engager soit par pure intention libérale, soit parce qu'étant en rapports d'affaires avec le tireur il se réserve, le cas échéant, de faire à son tour traite sur lui et de rentrer ainsi dans ses débours.

L'ouverture de crédit peut même être tacite. Elle est de pratique courante entre grands établissements de banque. Ces établissements peuvent ainsi, sans avoir égard à l'état de leurs comptes, munir leurs clients de lettres de crédit sur l'étranger. Ces effets seront acquittés à coup sûr, car le correspondant étranger a la certitude que les traites émises par lui recevront à leur tour bon accueil et qu'en outre le crédit du tireur constitue pour lui la meilleure des garanties.

(1) Cass. 2 juillet 1883. D. 84-1-272.

La provision née d'une ouverture de crédit est néanmoins entachée d'une sorte de faiblesse quant à son existence et quant à ses effets. Elle est précaire dans son existence en ce que l'ouverture de crédit est considérée comme prenant fin en cas de faillite, soit du Tireur soit du Tiré. (1) La provision va donc disparaître dans les cas où elle présente le plus d'intérêt pour le porteur de la traite, c'est-à-dire lorsque les garanties personnelles dont la lettre de change est accompagnée viennent à défaillir par suite de l'insolvabilité des obligés.

D'autre part au cas d'ouverture de crédit, il y a bien, sans doute, *provision*, mais il n'y a pas *ouverture*: le tiré n'a reçu du tireur aucune valeur en échange de son engagement. (2) S'il manque à cet engagement, s'il refuse de payer la traite et que le porteur néglige de remplir les formalités prévues en pareil cas par la loi, ce porteur sera-t-il déchu de son recours contre le tireur? On admet que non, car cette déchéance du porteur procurerait au tireur un bénéfice injustifié, alors que l'article 170 a simplement prévu le cas où porteur et tireur pareillement appauvris et luttant *de damno vitando*, l'on fait supporter la perte à celui qui est en faute. Du reste l'article 170 exige que le tireur justifie qu'il y avait provision à l'échéance, cette justification ne pour-

(1) Lyon Caen et Renault, *op. cit.* IV, n° 745.

(2) Mais il peut avoir obtenu du tireur des garanties : le plus souvent, le banquier qui ouvre un crédit ne le fait qu'à cette condition.

rait, ici être rapportée. Dans ce cas particulier, la théorie de la provision cesse de jouer, pour laisser s'appliquer à sa place les principes plus généraux de l'enrichissement sans cause.

5. La provision peut être affectée spécialement au paiement d'une traite. Cette affectation ne change pas la nature de la provision, mais entraîne certaines conséquences intéressantes. Elle peut résulter ou d'une constitution de gage (c'est le cas de la traite *documentaire*) ou d'une simple convention des parties.

Quand un commerçant vend des marchandises dans un pays d'outre-mer, il peut éprouver de la difficulté à créer une traite et à lui trouver preneur, en raison des aléas résultant de la distance, et des risques plus grands de non-paiement ou de non acceptation. Mais les marchandises vendues constitueraient pour l'effet une garantie solide qui faciliterait sa négociation. La traite documentaire a pour objet d'offrir cette garantie au preneur de l'effet. En même temps que la lettre de change, on endosse à ce dernier le connaissement et la police d'assurance que délivre le capitaine du navire sur lequel les marchandises ont été embarquées. Comme ces marchandises ne peuvent être livrées désormais qu'en échange du connaissement, elles resteront le gage du porteur aussi longtemps que celui-ci ne se sera point déssaisi des documents. Or il ne s'en déssaisira, suivant le cas, que moyennant l'acceptation du tiré, si cette seule acceptation, lui paraissant une garantie suffisante, a été

stipulée par lui comme condition de l'abandon du gage (*traite documentaire contre acceptation*) ou que moyennant paiement par le tiré du montant de la traite. Dans les deux cas, les marchandises sont spécialement affectées au service de la traite. A défaut de paiement par le tiré, le porteur réaliserait son gage en conformité de l'article 93 du Code de commerce.

Mais l'affectation spéciale peut exister indépendamment de toute constitution formelle de gage. Non seulement des marchandises, mais des sommes d'argent ou des créances peuvent être ainsi réservées et frappées d'indisponibilité entre les mains du tiré. Cette affectation présente un intérêt particulier lorsqu'il existe un compte courant entre tireur et tiré. Nous avons vu que, dans ce cas, les créances et les dettes qui peuvent naître entre correspondants deviennent immédiatement articles d'un compte unique, perdent leur individualité et ne peuvent constituer provision d'une traite. Il est pourtant loisible aux correspondants de convenir que tel envoi d'argent fait par l'un à l'autre, telle créance recouvrée par l'un pour le compte de l'autre, n'entrera pas dans le compte-courant et servira à acquitter telle traite que l'un d'eux aura tiré sur son correspondant.

L'affectation spéciale est de grande conséquence dans les rapports du porteur et du tiré. En effet, tant que ce dernier n'a pas accepté la traite, il n'est pas débiteur direct du porteur. Il pourra donc opposer au porteur toutes les exceptions qui seraient

valables contre le tireur, du moins en principe. Si par exemple le tiré devient, avant l'échéance, créancier du tireur, il pourra se prévaloir de la compensation (1). Au contraire, lorsque les parties ont convenu d'affecter spécialement la créance du tireur au paiement de la lettre de change, le tiré perd le droit d'invoquer à l'encontre sa propre créance née contre le tireur. La chose a été jugée à propos d'une provision consistant en marchandises qui avaient été confiées à un consignataire (2). Signalons toutefois que certains arrêts anciens ne reconnaissaient pas à la convention des parties le pouvoir de mettre obstacle à la compensation légale et décidaient que, nonobstant affectation spéciale, le tiré peut toujours se prévaloir de la compensation (3). Cette opinion est aujourd'hui abandonnée.

Le même intérêt se manifeste dans le cas où le tiré vient à tomber en faillite. Si la provision consiste en une simple créance du tireur, le porteur agissant comme ayant cause du tireur, ne pourra prétendre qu'à un dividende, en concours avec les autres créanciers du tiré (quitte à exercer pour le surplus son recours contre le tireur). Au contraire, l'on admet que si la provision a été envoyée spécialement pour paiement de la lettre de change, ou si,

(1) Cass 24 avril 1845. D. 47-1-201.

(2) Rouen 6 janv. 1849, D. 51-2-104 ; Cass. 18 mai 1868, D. 68-1-323.

(3) V. ces arrêts au Répertoire Dalloz, v° Effets de commerce n° 221 et ss., 608 et ss.

existant déjà au préalable, elle a fait l'objet d'une affectation spéciale à la traite, le tiré n'est que dépositaire de la provision. Celle-ci n'est pas entrée dans son patrimoine. Dès lors elle ne fait point partie du gage général des créanciers du tiré et, en cas de faillite, le porteur n'aura pas à subir leur concours (1). Nous verrons, en examinant la jurisprudence relative à la propriété de la provision, quels sont les signes qui permettent de reconnaître qu'il y a affectation spéciale.

Quelles que soient les formes qu'elle revête, nous arrivons à cette constatation que la provision peut toujours se ramener à une *créance* et une *créance d'argent* dont le tiré est débiteur.

M. Huvelin (2), dans le dessein d'apporter une justification à la jurisprudence relative aux droits du porteur, propose de la nature de la provision une autre analyse. Selon lui, il ne faut point parler de créance du tireur ni de dette du tiré (car si la lettre de change est un droit de créance donné en paiement, on ne comprend pas comment ce droit, transmis au porteur, ne lui passe pas avec ses faiblesses et les risques qu'il comporte. On a peine à concevoir aussi comment le tireur continue à être responsable du non paiement à l'échéance). Il faudrait admettre : 1° que le tireur est originairement propriétaire d'une valeur qui se trouve, entre les mains du tiré, *convertie en espèces* et qu'on nomme provision ; 2°

(1) Dalloz C. Commerce annoté, art. 116, n° 42.

(2) V Annales de Droit commercial 1901, p. 17.

que le tiré est réputé n'être, au regard du tireur, que simple détenteur de cette valeur.

Dès lors, tout porteur acquiert, avec la traite elle-même, la *propriété* de la provision ; il la cède à son tour et le dernier porteur, s'il n'est point payé, est véritablement « évincé de la chose vendue » ce qui explique son recours. Car ce que le créancier cédant aliène, ce n'est pas son *droit* même, mais bien la *valeur* à laquelle ce droit correspond.

M. Huvelin propose lui-même l'objection qui vient à l'encontre de cet ingénieux système. Le droit de propriété qu'il imagine aurait un caractère limité, car, portant sur des choses de genre non individualisées et non susceptibles de revendication, il ne produirait effet que dans les rapports de tireur à tiré ou de porteur à tiré, mais ne serait point opposable aux créanciers de ce dernier (1).

La provision ne peut, en définitive, s'analyser autrement qu'en une créance d'argent.

§ 2. — *Par qui la provision doit-elle être fournie?*

La provision est toujours une dette qui existe à la charge du tiré. La question posée se ramène donc à celle-ci : envers qui le tiré doit-il être débiteur pour qu'il y ait provision ? L'article 115 du Code de commerce répond : « La provision doit être faite

(1) V. Note Lyon-Caen sous Cass. 46 juin 1909, S. 1910-4 5.

par le tireur... » C'est normal. Puisque le tireur, créateur de la traite, bénéficiera de sa création en la remettant à un preneur, soit contre espèces, soit en paiement d'une dette, c'est à lui qu'incombe la charge de pourvoir à l'acquittement de l'effet qu'il a émis. Nous verrons dans la suite quelle est la portée et la sanction de cette obligation.

Mais l'article 115 prévoit également le cas où la lettre de change est tirée pour le compte d'un tiers. Cette hypothèse se rencontre lorsqu'une personne qui ne peut figurer sur la lettre de change en raison des fonctions qu'elle exerce et qui lui interdisent de faire des actes commerciaux, ou ne veut pas y paraître, pour ne pas compromettre son crédit, charge un mandataire d'émettre la traite en son lieu et place. La traite est donc tirée pour le compte d'un tiers qui en a donné l'ordre. Le tireur pour compte figure seul sur la traite: c'est lui qui sera personnellement exposé au recours du porteur et des endosseurs.

A qui, dans cette hypothèse, incombe la charge de la provision? Au donneur d'ordre, dit l'article 115. La traite est tirée pour son compte; on applique tout simplement le principe énoncé plus haut: « ubi emolumentum, ibi onus ». Mais le donneur d'ordre est inconnu du porteur et des endosseurs; faute de provision, leur recours s'exercera contre le tireur pour compte, sauf à celui-ci à se retourner contre son mandant. Le tiré qui n'a point provision et a néanmoins acquitté la traite peut-il, lui aussi, poursuivre le tireur pour compte? Le texte primitif de

l'article 115 l'y autorisait, mais la loi du 19 mars 1817 lui a retiré ce droit. C'est à juste titre, car le tiré n'est pas dans la même situation que le porteur et les endosseurs : ceux-ci ne connaissent que ce que leur dévoilent les mentions de la traite et doivent s'en tenir là ; le tiré par contre, est au courant de la situation réelle, il sait que la traite est tirée pour le compte d'un tiers dont le nom n'y figure pas. C'est donc de ses rapports avec ce tiers, c'est-à-dire avec le donneur d'ordre, que devra ressortir l'existence ou l'absence de provision. Si la provision fait défaut, c'est contre le donneur d'ordre seul que le tiré aura action (1).

La convention s'analyse en deux contrats : *a*) un premier accord entre donneur d'ordre et tireur pour compte, avec assentiment du tiré : envers le tireur et le tiré, c'est donc au donneur d'ordre de faire la provision ; *b*) un deuxième engagement du seul tireur pour compte envers porteur et endosseurs : vis-à-vis de ces tiers, c'est le tireur seul qui devra répondre ; ils ne pourront actionner directement le donneur d'ordre. (Néanmoins, devenus créanciers du tireur pour compte, ils pourraient, le cas échéant, agir contre le donneur d'ordre aux lieu et place de leur débiteur, conformément au principe général de l'article 1166 du Code civil).

(1) Il ne pourrait agir contre le tireur pour compte que si celui-ci s'était enrichi par le fait de la création de la traite. Mais il lui faudrait alors faire la preuve de cet enrichissement, base de son action. Luxembourg 3 mai 1895, D. 98-2-401.

Il ne faut pas confondre l'hypothèse que nous venons d'examiner avec celle où une traite est tirée par un employé *au nom* et pour le compte de son patron. Dans ce cas le nom du patron figure sur la traite et il est seul tenu de faire provision.

§ 3. — *Pour quel moment la provision est-elle prévue par la loi?*

L'article 116 du Code de commerce indique que pour apprécier s'il y a ou non provision, c'est à l'échéance qu'il faut se placer. Quand le tireur s'oblige à faire payer la lettre de change par le tiré au bout d'un temps donné, c'est une obligation à terme qu'il contracte : il ne saurait donc être contraint de fournir au tiré, avant l'arrivée de ce terme, les moyens d'acquitter l'obligation. Cela mettrait obstacle à ce que la lettre de change put jouer son rôle d'instrument de crédit, rôle aujourd'hui prépondérant.

Comme la provision n'est prévue que pour l'échéance, si elle est faite à l'avance et productive d'intérêts, ces intérêts courront au profit du tireur. Celui-ci conserve jusqu'à l'échéance le droit de retirer une provision déjà faite (à condition bien entendu de fournir à nouveau provision au moment voulu). Mais ce droit prend fin lorsque le tiré a accepté la traite, car cette acceptation lie directement et définitivement le tiré au porteur. Elle a pu n'être donnée qu'en considération de la provision :

il serait injuste de priver l'accepteur d'une garantie sur laquelle il comptait.

D'autre part, si avant l'échéance le tiré devient créancier du tireur, la compensation peut s'opérer ; il n'y aura provision que si, à l'échéance, le tireur reste encore créancier du tiré. Néanmoins la jurisprudence n'admet pas toujours que la compensation soit possible. C'est une conséquence des droits qu'elle reconnaît au porteur sur la provision, dès l'émission de la traite. Nous reviendrons sur cette question au chapitre suivant.

Lorsqu'il y a provision, le porteur non payé qui a négligé de remplir les formalités prévues par la loi perd son recours contre le tireur. Ici se pose une question intéressante : si le tiré, qui a reçu provision du tireur, se trouve insolvable au jour de l'échéance, s'il est tombé en faillite, devra-t-on considérer qu'il y a provision ?

La généralité des auteurs répond par l'affirmative. L'article 116 du Code de commerce indique que, pour qu'il y ait provision, il suffit que le tiré soit *redevable* au tireur d'une somme suffisante. Or, même lorsqu'il est tombé en faillite, le tiré est sans conteste redevable au tireur. Il y a donc provision.

L'article 116 est corroboré par l'article 163 : « Le porteur n'est pas dispensé de protêt par la faillite de celui sur qui la traite est tirée ». C'est bien dire qu'à défaut de protêt, le porteur perdra son recours contre le tireur.

Cette solution est de plus la seule équitable. Le

pivot de cette matière des recours et des déchéances, c'est l'idée d'enrichissement injuste: « *Jure naturæ, æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* » (1). Or, le tireur qui a fait provision ne s'est pas enrichi injustement et il a rempli toutes ses obligations. Le porteur qui a négligé de faire dresser protêt n'a pas accompli les siennes. C'est donc à lui de supporter les conséquences de sa faute (2).

Mais ne faudrait-il pas distinguer, pour déterminer cette faute du porteur, suivant que la faillite du tiré s'est produite *avant* ou *après* l'échéance de la traite?

Si la faillite s'est produite avant l'échéance, les diligences du porteur fussent demeurées vaines et sans effet, puisque la provision s'est dégradée entre les mains du tiré. Aucun préjudice n'est donc survenu pour le tireur du fait que ces diligences n'ont pas été faites; dès lors le porteur devrait conserver son recours.

Il le perdrait au contraire, si la faillite du tiré ne s'était produite qu'après l'échéance, car on peut dans ce cas imputer à sa négligence la perte de la provision.

Faire une pareille distinction, c'est confondre deux choses distinctes, quoiqu'ici étroitement rap-

(1) Loi 206 Dig. L 50, t. 27 *de diversis regulis juris antiqui*.

(2) Lyon-Caen et Renault. *op cit*, n° 410 *bis*. Boistel. Précis de Droit commercial n° 827.

prochées : 1° l'exception de négligence opposable pour préjudice causé (art. 1382 du Code civil) ; 2° la déchéance établie par le droit de change pour inobservation de la loi. Or « la déchéance n'est pas une question de préjudice, elle ne dépend pas du point de savoir s'il y a eu ou non préjudice. L'absence de préjudice ne pourrait pas être alléguée comme un motif de relever de la déchéance. A-t-on obéi aux prescriptions de la loi ou les a-t-on méconnues ? C'est de là que dépend la déchéance » (1).

La jurisprudence se refuse à reconnaître l'existence d'une provision lorsqu'avant l'échéance le tiré est tombé en faillite (2). Elle invoque l'article 170 aux termes duquel le tireur doit justifier qu'il y avait provision à l'échéance de la lettre de change. L'article 117, alinéa 3, indique de même que le tireur doit prouver la provision à l'échéance. Ces textes découlent logiquement de l'article 116 qui place la provision à l'échéance. « C'est à l'échéance que la provision doit exister et pour la délimiter, c'est au moment de l'échéance que le législateur se place. » En effet, c'est à ce moment que sera appréciée la valeur de l'effet comme monnaie commerciale ; le paiement à l'échéance est le but visé par la loi, à ce moment doivent exister les garanties. La garantie personnelle provenant de la solidarité des

(1) Note Bourcart sous Cassation 24 janvier 1912, S. 1917-1-121.

(2) Cass. 30 juillet 1832, S. 1832-1-657 ; Cass. 30 mars 1841, J. du P. 1841-1-559.

signataires joue à ce moment là (article 118 du Code de commerce) de même celle qui provient de l'acceptation (art. 163 al. 2 et 444 al. 2 du Code de commerce). Il n'est pas surprenant que l'on se place au même moment pour apprécier celle qui résulte de la provision. Quelle efficacité peut avoir au point de vue de la réalisation du paiement une provision éphémère, qui aurait disparu au moment du paiement?

En conséquence, selon la jurisprudence, il n'y a point provision en cas de faillite du tiré, et le porteur peut, nonobstant défaut de protêt, recourir contre le tireur. Mais cette solution ne se heurte-t-elle pas directement aux termes de l'article 163, alinéa premier? La jurisprudence n'applique les dispositions de ce texte que dans les rapports du porteur et des endosseurs: ceux-ci pourront repousser le recours du porteur qui n'aura pas fait dresser le protêt en temps voulu.

Mais la distinction ainsi faite n'est pas dans la loi: l'article 163 est absolu. M. Bourcard (1) approuve néanmoins cette interprétation du texte. Le tireur seul est tenu de faire provision, et non les endosseurs. Aussi la négligence du porteur, si elle le rend forclos par rapport à ceux-ci, ne saurait-elle avoir le même effet par rapport à celui-là.

La solution peut être fâcheuse en équité, mais elle tient au point de vue d'où le législateur a envisagé la lettre de change. C'est une « monnaie com-

(1) Note précitée.

merciale » dont tous les éléments de garantie doivent être groupés à l'échéance: c'est ce qui donne aux prescriptions du droit de change certain caractère rigide de droit strict. M. Bourcard fait observer en outre que la théorie jurisprudentielle se trouve corroborée par l'article 5, alinéa 2 de la loi du 14 juin 1865 sur les chèques. Ce texte vise le cas où « la provision a péri par la faute du tiré » (ce qui est bien notre hypothèse) or le porteur négligent n'est déchu de son recours que si la perte a eu lieu *après l'échéance*. C'est donc que la provision périe *avant l'échéance* n'est pas une véritable provision.

§ 4. — Où doit être faite la provision?

La provision consistant en une dette du tiré, c'est entre les mains du tiré qu'elle doit exister. Généralement la traite est payable au domicile du tiré: il n'y a point de difficulté en ce cas. Mais quand la traite doit être payée chez une personne autre que le tiré, chez un domiciliataire, dira-t-on qu'il n'y a pas provision, si la valeur ne se trouve pas chez le domiciliataire? Si l'on admet que, faute de se trouver chez le domiciliataire, la provision n'existe pas, le porteur négligent n'est point déchu de son recours contre le tireur. Tel est l'intérêt de la question.

On a proposé la distinction suivante: si c'est le tireur lui-même qui a désigné le domiciliataire, il

doit veiller à ce que provision soit fournie au lieu où doit s'effectuer le paiement. Y manque-t-elle, il n'y a pas provision. Au contraire, il suffit que le tiré ait provision entre ses mains, si c'est lui, tiré, qui a désigné le domiciliataire (1).

Cette distinction ne paraît pas fondée en droit. L'article 123 du Code de commerce, qui prévoit le cas de la traite domiciliée, ne déroge pas au droit commun de l'article 116 aux termes duquel la provision doit être aux mains du tiré.

D'autre part, le fondement du recours du porteur négligeant, que nous étudierons par la suite, est le désir d'éviter un enrichissement injuste du tireur. Que la provision soit chez le tiré ou le domiciliataire, il importe peu : du moment qu'elle a été faite, les conséquences en doivent être les mêmes vis-à-vis du tireur.

La jurisprudence et la majorité de la doctrine (2) sont fixées en ce sens.

(1) Bédarride. Des lettres de change et billets à ordre I, n° 155.

(2) Nouguier. Des lettres de change n°s 372 et 429 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 410.

CHAPITRE II

ATTRIBUTION DE LA PROVISION

Une traite est émise et le tireur est réellement créancier du tiré pour une somme suffisante. Il y a provision. Dans la plupart des cas, le tiré acquittera la traite et l'existence de la provision ne se manifestera pas autrement que par le paiement. Mais que va-t-il se passer si le tiré est insolvable et tombe en faillite? Nous avons vu que la provision est une dette du tiré. Cette dette devra-t-elle être acquittée au même rang que les autres dettes du failli, c'est-à-dire en monnaie de faillite? Le porteur de la traite, se trouvant en présence des autres créanciers du tiré, devra-t-il subir leur concours ou sera-t-il payé par préférence? Telle est la question. Elle ne présentera pas grand intérêt, à la vérité, tant que le tireur restera solvable, car dans ce cas le porteur de la traite, plutôt que de produire à la faillite, aura avantage à se retourner contre les endosseurs et le tireur lui-même. Mais si le tireur est également tombé en faillite, ce recours devient illusoire. On conçoit dès lors l'intérêt que peut avoir le porteur

de la traite à se prévaloir d'un droit particulier sur la provision. En premier lieu, il évitera le concours des créanciers du tiré. Mais il échappe en outre à un second danger : les créanciers du tireur failli pourraient en effet prétendre que la provision, constituant une créance de leur débiteur, doit faire retour à la masse et que le porteur de la traite impayée doit venir au marc le franc avec les autres créanciers ; si le porteur peut revendiquer en quelque sorte la provision comme son bien propre, il repoussera cette prétention des autres créanciers du tireur.

Le problème de l'attribution de la provision se pose également dans une autre hypothèse. Un créancier tire une lettre de change sur son débiteur et la met en circulation. Avant l'échéance, le tiré devient à son tour créancier du tireur. Pourra-t-il se refuser à acquitter la traite en opposant au porteur l'exception de compensation ?

Ces diverses questions ont été fort agitées tant en jurisprudence qu'en doctrine. Nous aurons à examiner les solutions de la pratique qui paraissent actuellement à peu près fixées. Mais il convient de résoudre auparavant le problème théorique auquel elles se rattachent et que l'on peut ainsi formuler : la créance qui constitue la provision est-elle « incorporée » à la traite et transmise au porteur avec la traite elle-même, de telle manière que, sortie du patrimoine du tireur pour entrer dans le patrimoine du porteur, ce dernier puisse seul s'en prévaloir à l'encontre du tiré ? Ou faut-il penser au contraire

que malgré l'émission d'une traite, la créance qui en constitue provision demeure, jusqu'à l'échéance, dans le patrimoine du tireur?

§ 1. — *Examen doctrinal*

La solution de ce problème dépend de l'analyse juridique qui sera fournie du contrat qui est à la base de la lettre de change. Or, l'on rencontre à cet égard trois principaux systèmes.

1. Certains auteurs décomposent ces rapports juridiques de la manière suivante: Entre preneur et tireur, la lettre de change recouvre un contrat in-nommé de la forme « *do ut facias* ». « Je vous remets, dit le preneur, des espèces ou toute autre valeur, afin qu'en échange, vous m'assuriez, par le moyen de la traite, paiement, à son échéance, de la somme qui y est portée ». Ce dont le tireur va être tenu, c'est d'une simple obligation de faire. Le contrat ne saurait impliquer aucune cession de créance, puisque cette créance, que l'on nomme provision, n'est prévue par la loi que pour le moment de l'échéance: elle peut donc ne pas exister à l'instant où la traite est cédée. Mais si elle existe, cette créance restera dans le patrimoine du tireur. L'obligation de faire qui incombe à ce dernier n'ouvrira au porteur, en cas d'inexécution, qu'une action en dommages-intérêts et si le tireur tombe en faillite, le porteur viendra en concours avec les autres créanciers.

Si l'on envisage, d'autre part, l'opération dans les rapports de tireur à tiré, on y découvre un mandat donné au tiré par le tireur de payer le porteur. Or le mandat (art. 2004 du Code civil) est toujours révocable, c'est-à-dire que le tireur peut revenir sur sa décision et donner contre-ordre au tiré. Et ce caractère révocable, dit-on, s'oppose à toute immobilisation de la provision, objet juridique du mandat, entre les mains du tiré.

En cas de faillite du tiré, le porteur aurait donc à subir le concours des créanciers de ce dernier, sauf à se retourner contre le tireur. D'autre part, la créance n'a point subi de transformation ni de novation, du fait de l'émission de la traite. Le tiré pourra donc, jusqu'à l'échéance, invoquer la compensation survenue entre sa dette et une créance qui lui serait née contre le tireur.

Mais l'on doit mettre à part une hypothèse spéciale : celle où *le tiré a accepté la traite*. L'acceptation a pour conséquence de lier le tiré au porteur de l'effet, à titre de débiteur direct et d'une manière définitive. En souscrivant cette obligation, le tiré exécute ou tout au moins commence d'exécuter le mandat qui lui a été confié. De ce chef naît, à son actif, une créance contre le tireur. S'il y avait provision, c'est-à-dire dette du tiré, la compensation s'opérera entre sa dette et sa créance. De sorte que, la traite une fois acceptée, le tireur ne sera plus en droit de retirer la provision.

Cette solution semble parfaitement justifiée sur le terrain des principes. Elle est en outre impé-

rieusement commandée par l'équité. L'existence d'une provision sera souvent le mobile déterminant de l'acceptation; on ne pourrait admettre que cette garantie soit retirée à l'accepteur alors qu'il est irrévocablement engagé.

Ajoutons que la volonté des parties reste évidemment libre de modifier le jeu normal des principes du mandat. Les souscripteurs peuvent convenir que la provision existant entre les mains du tiré sera affectée spécialement au paiement de la traite. Une telle convention suppose nécessairement le concours du tiré et du tireur: le premier perdra le droit d'opposer la compensation au cas où il deviendrait créancier du second; de même, le tireur ne pourra plus, jusqu'à l'échéance, retirer la provision et en disposer librement.

2. M. Thaller (1) a proposé une interprétation différente du mécanisme des obligations du change. La lettre de change enferme, rédigé en un style spécial, un ordre de *délégation*. Primus voulant fournir de l'argent à Secundus et ayant, d'autre part, à en recevoir de Tertius donne ordre à Tertius de payer Secundus: Primus, le tireur, est un déléquant; Tertius, le tiré, est un délégué et Secundus, le preneur de la traite, un délégataire.

La délégation n'est pas un mandat, bien qu'elle en soit quelque peu voisine (2), mais une conven-

(1) Thaller. De la Nature juridique du titre de crédit. Ann. de Droit commercial, 1906 et 1907.

(2) Planiol. Traité élém. de dr. civil, T. II, n° 555.

tion spéciale, qui, dans le cas d'émission d'une lettre de change, donne au preneur un débiteur nouveau : le tiré, sans pour cela libérer le tireur, débiteur primitif, car, à moins de volonté expressément manifestée, la délégation n'entraîne pas novation. Ce que l'on nomme provision, c'est la créance du déléguant contre le délégué. Quel va être, dans l'opération ainsi présentée, le sort de cette créance ?

M. Thaller distingue suivant que le tiré (délégué) a ou n'a pas accepté la traite. Dans le cas où le tiré a accepté, le tireur ni ses créanciers ne peuvent rien prétendre sur la provision. C'est le porteur de la traite qui est investi de cette valeur. Comment s'explique ce résultat ? Lorsque le tireur donne ordre au tiré de faire bon accueil à la traite, il prend l'engagement corrélatif de ne plus poursuivre le tiré à raison de ce que celui-ci lui doit. Le tiré accepte la traite. Cela éteint-il la créance primitive ? Non, puisque si le tiré manque de payer la traite à l'échéance, le tireur conservera le droit de le poursuivre en vertu de cette créance et en faisant usage des garanties spéciales qui y sont attachées. Mais, si elle n'est pas éteinte, la créance constitutive de la provision est immobilisée, « assoupie ». A qui donc appartiendra-t-elle, puisqu'il faut bien qu'elle ait un titulaire ? Au porteur de la traite. Celui-ci, à défaut de paiement, pourra, à l'échéance, s'en prévaloir contre le tiré.

Cette construction nous paraît plus ingénieuse que vraiment juridique. Ce sont d'ailleurs des considérations d'équité que M. Thaller invoque au pre-

mier chef, en faveur de la solution qu'il préconise. Tout le monde s'accorde à reconnaître qu'il est indispensable que le tireur ne puisse retirer la provision au tiré-accepteur. Mais, pour obtenir ce résultat, faut-il nécessairement attribuer la provision au porteur de la traite? La théorie de la délégation n'emporte pas une telle conséquence. De plus, si la créance est vraiment passée au porteur, comment explique-t-on qu'en cas de non paiement, le tireur la retrouve dans son patrimoine et en puisse exercer l'action? Faut-il penser que le recours du délégataire contre le déléguant, en cas d'insolvabilité du délégué, entraîne rétrocession de la créance? La délégation, que M. Thaller lui-même distingue soigneusement d'une cession de créance et que M. Planiol apparente au mandat, ne semble pas susceptible d'entraîner de tels effets. Par l'acceptation, le tiré-délégué se reconnaît débiteur direct du preneur, renonçant à invoquer contre ce dernier les exceptions qui pourraient paralyser la créance originaire du tireur déléguant. Tel est le résultat unique de la délégation. Admettre qu'en dehors de cette créance, à lui personnelle, le porteur se voit attribuer par surcroît la créance primitive avec ses garanties et ses faiblesses initiales, c'est — en dépit des raisonnements les plus spécieux (1) — sortir des limites de la délégation et greffer sur elle une cession de créance.

(1) V. Hubert. *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*. Th. Poitiers 1899, p. 179.

Logiquement, l'on doit conclure que la créance est demeurée dans le patrimoine du tireur, paralysée sans doute, quant à ses effets, par une condition suspensive: celle de non paiement de la traite. La traite est-elle payée à l'échéance, la créance s'éteint définitivement. Le tiré refuse-t-il, au contraire de s'exécuter, le tireur reprendra le libre exercice de son action. Conséquence pratique: si le tireur tombe en faillite, ses créanciers ne pourront réclamer la provision, en raison de la condition suspensive qui, nous venons de le dire, paralyse l'action aux mains du tireur.

Hors le cas d'acceptation, M. Thaller, comme les partisans de la théorie précédente, admet que la provision demeure dans le patrimoine du tireur. Le mécanisme de la délégation ne permet pas, en effet, d'attribuer la provision au porteur. Bien que distinct d'un mandat, l'ordre donné au tiré d'acquitter sa dette entre les mains du porteur est toujours révocable. Comment le tiré pourrait-il s'y opposer? Il lui est indifférent de payer entre les mains du preneur plutôt qu'entre celles du créateur de la traite, puisqu'il n'a contracté à cet égard aucun engagement personnel. Le tireur pourra donc disposer de la provision jusqu'à l'échéance. La compensation s'opérera, nonobstant l'émission d'une traite entre sa créance et celle qui pourrait naître contre lui au bénéfice du tiré. L'article 171 du Code de commerce admet implicitement cette solution, lorsqu'il prévoit le cas où le tireur a reçu « par compensation ou autrement, les fonds destinés au paiement

de la lettre de change ». Si le tireur tombe en faillite, la provision, restée dans son patrimoine, sera partagée entre tous ses créanciers.

Dans le système que nous venons d'exposer, le sort de la provision est, en définitive, essentiellement déterminé par l'acceptation ou la non-acceptation de la traite.

3. Selon l'opinion la plus généralement répandue à l'heure actuelle, la création et la transmission de la lettre de change constituent, non pas une délégation ni un mandat, mais une véritable cession de créance. La lettre de change est un titre par la remise duquel s'opère la délivrance du droit que le tireur possède originairement à l'encontre du tiré. En remettant le titre au preneur, le tireur effectue donc transport de la créance sur la tête de ce dernier, conformément à l'article 1689 du Code civil. Par cette cession, le preneur devient créancier du tiré en vertu même du titre originaire et il pourra, le cas échéant, faire valoir les droits que le tireur possédait avec les garanties et accessoires dont ils sont nantis.

Mais à quelles conditions cette cession s'opère-t-elle ?

a) De droit commun, l'article 1690 du Code civil exige que le transport de la créance soit signifié au débiteur ou accepté par lui dans un acte authentique. Ces formalités, la lettre de change ne les comporte pas. Mais, disent certains auteurs, elle comporte des équivalents.

Il y aura véritablement cession de créance chaque fois que le tiré aura accepté la traite. Cette acceptation manifeste son adhésion au transport de créance opéré de tireur à preneur; elle correspond tout à fait à l'acceptation prévue par l'article 1690 et doit entraîner les mêmes effets. L'on objecte, il est vrai, que le Code civil prévoit une acceptation donnée par acte authentique, alors que la lettre de change est seulement un acte sous seing privé. A quoi il est possible de répondre que le droit commercial se montre toujours plus libéral en matière de preuve. D'ailleurs, même sur le terrain du droit civil, la jurisprudence reconnaît l'efficacité d'une acceptation du débiteur-cédé donnée par acte sous seing privé (1).

En dehors de l'acceptation, il y aura encore cession de créance lorsque protêt aura été dressé soit faute d'acceptation, soit faute de paiement. Dans cette doctrine de l'analogie, on considère en effet le protêt comme équivalent à la signification de la cession au débiteur cédé prévue par l'article 1690, alinéa 1 du Code civil.

Ainsi, dans le cas d'acceptation ou de protêt, la provision est définitivement transmise au porteur: en cas de faillite du tireur, il est à l'abri du concours des créanciers de ce dernier. D'autre part le tiré ne peut, du chef du tireur, lui opposer la compensation. La créance lui appartient avec ses accessoires et ses garanties.

(1) Planiol, *op cit.*, II, n° 1613.

Cette interprétation rejoint presque, quant aux conséquences pratiques, celle de M. Thaller. L'acceptation de la traite reste la pierre de touche en matière de transmission de la provision. Mais il y a cependant cette différence que le protêt suppléera ici à l'acceptation.

b) On est allé plus loin dans cette voie. Pourquoi subordonner la réalisation de la cession à l'accomplissement de formalités qui, malgré les tentatives d'assimilation plus ou moins ingénieuses auxquelles on se livre, ne sont point en réalité, celles de l'article 1690 du Code civil? Il faut abandonner délibérément ce terrain et revenir sur celui du Code de commerce.

Or, si l'on s'en tient aux textes du change, l'acceptation ne saurait évidemment exercer aucune influence sur le sort de la provision. Quel est l'effet de l'acceptation? C'est de créer entre porteur et tiré un nouveau lien de droit, un lien direct et personnel qui n'existait pas auparavant. Elle n'a point d'autre conséquence. On voudrait lui faire produire transport de créance? Mais il suffit d'observer qu'elle émane du tiré: or, comment le fait du *tiré* pourrait-il changer quelque chose à la nature du droit que le porteur tient du *tireur*? L'on ajoute que l'acceptation peut être donnée parfois sans qu'il y ait provision: que, par conséquent, elle ne saurait transmettre une provision qui fait défaut.

Les effets de l'acceptation étant ainsi limités, on observe que le défaut d'acceptation ne saurait nuire

au porteur de la lettre de change. Il faut donc décider que ses droits sur la provision préexistent à l'acceptation. Ils ont une autre source : *la transmission même de la traite*. Le seul fait de l'endossement met la provision dans le patrimoine du preneur. Nest-ce point ce que dit l'article 136 du Code de commerce ? La propriété de la lettre de change se transmet, aux termes de ce texte, par la voie de l'endossement. Le rapprochement qu'on en peut faire avec l'article 711 du Code civil (1), implique d'une manière frappante la transmission au porteur. De même qu'ayant vendu une maison, on perd le droit d'en disposer, de même, ayant vendu à autrui les valeurs qu'on a aux mains d'un tiers, on n'en saurait disposer davantage. Dire « le tireur qui a transmis au preneur les valeurs qu'il avait entre les mains d'un tiers n'en conserve pas moins le droit de disposer de ces valeurs » c'est mettre le législateur en contradiction avec lui-même (2). C'est en outre aboutir à cette conséquence pratique que le tireur, vendant et gardant tout à la fois, retiendrait en même temps la chose vendue, c'est-à-dire sa créance sur le tiré, et le prix, c'est-à-dire la valeur fournie par le preneur en paiement de la traite. Si l'on considère, en regard, la situation du preneur, on voit qu'il échangerait une valeur réelle contre une valeur purement fictive. Les rédacteurs du

(1) « La propriété des biens se transmet... par l'effet des obligations. »

(2) V. Répert. Dalloz, v° cité, n° 224, p. 130 et 131.

Code n'ont certainement pas voulu, dit-on, sanctionner une telle inégalité de situation.

Mais l'article 116 du Code de commerce suppose que la provision ne doit être faite qu'à l'échéance. Ne vient-il pas à l'encontre de l'interprétation que l'on donne de l'article 136? N'implique-t-il pas que jusqu'à l'échéance, le tireur conserve la liberté de disposer de la provision?

L'on répond, d'abord, que l'absence de provision lors de la négociation de la traite est exceptionnelle. Dans le cas régulier où cette provision existe, elle est transférée sur le champ au preneur, comme un accessoire inséparable de la traite elle-même, car le preneur n'a traité avec le tireur que parce qu'il y avait provision.

D'ailleurs, ajoute-t-on, l'article 116 est uniquement relatif aux obligations du tiré. Pour le cas où la provision n'existait pas au moment de la transmission de l'effet, mais est venue plus tard, à l'échéance, la loi n'a pas voulu que le tiré pût refuser paiement au preneur, en invoquant l'absence de provision originaire. Mais cette disposition, établie en faveur du preneur, ne met nullement obstacle à ce qu'il soit devenu propriétaire de la provision d'une manière immédiate, dans tous les cas où elle existait lors de la négociation de l'effet.

La thèse que nous exposons invoque enfin à son appui les dispositions de l'article 149 du Code de commerce: « Il n'est admis d'opposition à paiement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur ».

Il suffit de lire ce texte pour se rendre compte que son énumération est limitative. Hors les deux cas signalés, le montant de la lettre de change doit être payé au porteur, qui en est devenu propriétaire par le fait de l'endossement régulier. La faillite du tireur, notamment, ne met point obstacle à ce paiement. Les créanciers du tireur ne sont pas admis à faire opposition, parce que, la provision étant définitivement sortie du patrimoine qui leur sert de gage, ils ne sauraient exciper d'aucun droit sur elle.

Non seulement les prétéritions, mais les prévisions mêmes du texte prouvent encore que la provision appartient bien au porteur. C'est en faveur de ce dernier qu'elles sont établies. Si la lettre de change est perdue, c'est de lui, porteur, qu'émanera l'opposition, pour éviter que la provision, sur laquelle il a des droits, ne passe en d'autres mains. Et lorsqu'il tombe en faillite, ce sont ses créanciers qui font opposition, parce que, saisis des droits et actions de leur débiteur, ils sont titulaires des droits exclusifs qu'il possédait sur la provision.

Telle est l'argumentation dont s'étaye la doctrine de la cession de créance par simple endossement. Présentée, ainsi qu'elle vient de l'être, dans toute sa rigueur, elle entraîne pour conséquence que le porteur de la traite aura toujours la préférence sur les créanciers du tireur tombé en faillite. Dès l'instant où la traite est émise, la créance du tireur cessant de lui appartenir, la compensation ne pourra s'opérer dans les rapports de tireur à tiré. Enfin (c'est un point à noter) le tireur, irrévocablement

dessaisi de la provision, ne saurait, une fois la traite mise en circulation, retirer cette provision des mains du tiré.

Les objections ne manquent point à l'encontre de cette thèse. Examinons tout d'abord les textes que l'on met en avant.

L'article 136 a été invoqué en sa faveur. En vérité, ce n'est que par un abus d'interprétation que l'on arrive à en tirer l'indication d'un transfert de créance. Il se borne à marquer la manière dont la propriété de la lettre de change, du titre lui-même, se transmet; il ne prétend pas fixer le sort de la provision, puisque la provision peut, nous l'avons vu, ne pas exister au moment de la négociation de la traite. La doctrine actuelle de la cession de créance reconnaît d'ailleurs que l'argument n'est guère convaincant: on a renoncé à peu près complètement à en faire usage.

Plus spécieuses sont les conclusions que l'on prétend tirer de l'article 149 du Code de commerce. Quelques auteurs, bien qu'assez hésitants quant au bien fondé du système, ont cru devoir s'incliner devant les dispositions d'un texte aussi péremptoire (1).

Il n'est pourtant pas impossible d'en faire fléchir l'apparente rigueur. On l'a tenté en rattachant l'article 149 à l'ancien droit et en l'expliquant par les précédents historiques. Mais l'exégèse contournée qui est ainsi fournie conduit à une explication

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV, n° 180.

assez peu vraisemblable, qui ne mérite pas, à notre sens, d'être conservée (1).

M. Thaller observe que l'article 149 n'a pas la portée étendue qu'on lui prête. Il a pour effet de régler les cas où le porteur de la traite n'est pas un porteur *légitime* (c'est le cas où la lettre a été perdue ou volée), ou un porteur *capable* (c'est le cas où le porteur, dessaisi de ses droits comme failli, perd celui de présenter la traite au paiement). L'opposition signifiée au tiré le mettra en garde contre les risques de paiement nul. Dans le cas où le tireur est tombé en faillite, le porteur reste au contraire créancier légitime et capable ; le paiement fait entre ses mains ne serait point nul ; dès lors l'hypothèse de la faillite du tireur reste étrangère au texte de l'article 149. La question de savoir si le porteur sera payé par préférence ou devra subir le concours des créanciers du tireur n'est donc point tranchée et demeure entière.

On pourrait présenter autrement l'objection. L'article 149 ne permet pas aux créanciers du tireur de s'opposer par voie de saisie-arrêt à ce que le paiement s'effectue entre les mains du porteur. C'est l'application même du droit commun : le porteur n'est pas leur débiteur, ils lui sont étrangers, la voie de l'opposition leur est donc fermée. Mais ils conservent le droit de saisir directement les biens du tireur entre les mains du tiré car ces biens

(1) Delamarre et Le Poitevin. Droit commercial, t. V, n° 281.

(qui constituent la provision) sont demeurés dans le patrimoine du tireur qui est leur gage commun (1).

Cette interprétation de l'article 149, si elle est suffisamment fondée, fait tomber le seul argument un peu solide que puisse invoquer en sa faveur la théorie que nous examinons.

Comment légitime-t-on en effet l'existence de cette cession de créance, dispensée des formalités du droit civil, opérée dans des formes particulières, résultant du seul endossement de la lettre de change? Dire que l'acceptation du tiré ne peut avoir d'influence sur l'attribution de la créance au porteur est une remarque juste, mais qui laisse la question entière. De ce que l'acceptation est impuissante à transférer la créance, il ne s'ensuit pas que ce transfert s'opère en dehors d'elle. Enfin, l'on ne conçoit pas que la nature de l'endossement se modifie selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas provision.

Nous sommes certainement en présence d'une opération juridique constante. Or, l'article 116 indique que la provision est prévue seulement pour le moment de l'échéance. Il en ressort avec clarté

(1) Cette explication, admettant la possibilité d'une saisie mobilière, n'est valable que si l'on envisage une provision constituée en marchandises, effets ou autres valeurs déterminées individuellement. La jurisprudence et certains auteurs admettent, en effet, nous le verrons, qu'à la différence de ce que nous avons soutenu, il peut y avoir plusieurs sortes de provision.

qu'au moment où la traite est émise et passée au porteur, cette provision peut ne point exister : or il n'y a point cession de créance, lorsque la créance n'existe pas. Et l'on ne voit pas comment l'endossement, qui n'emporte pas cession dans cette hypothèse, viendrait, dans les autres, produire des effets plus étendus et jouer, en surcroît de son rôle normal, un deuxième rôle spécifiquement distinct. Que la loi ait voulu sanctionner une semblable anomalie, la preuve reste à faire.

Si l'on admet, malgré l'objection, cette idée de cession de créance, on se heurte à un nouvel obstacle qui nous paraît insurmontable. La cession de créance implique nécessairement que la créance cédée passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire dans l'état même où elle se trouve, munie de ses attributs actifs tels que les sûretés qui la garantissent, mais accompagnée par contre des diverses exceptions qui peuvent en entraver l'exercice. Il n'y a point de novation : la créance est transmise telle quelle, avec son fort et son faible. On ne conçoit pas un ayant-cause qui tiendrait plus de droits que son auteur. A la cession de créance s'applique le principe général de droit : « *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* ».

Or l'endossement produit un résultat tout contraire : les exceptions opposables à celui qui négocie la traite ne le sont pas au preneur. Comment soutenir une théorie « qui explique par une cession de créance une institution dont le trait caractéristique

est précisément d'échapper à la règle fondamentale de la cession? » (1).

Les auteurs qui y demeurent malgré tout fidèles sont amenés à dire que la cession, complétée par l'acceptation du tiré donnée sur la traite, acte formel de nature analogue à l'acte authentique (art. 1690 du C. civil) a pour effet d'empêcher le tiré d'opposer au porteur l'exception de compensation dont il eût pu se prévaloir envers le tireur (art. 1295 du C. civil). Quant aux autres exceptions, que l'acceptation ne supprime pas, c'est l'endossement lui-même ou, si l'on veut, la clause à ordre qui, par interprétation de la volonté des souscripteurs, les fait disparaître: le tiré est présumé avoir par avance renoncé à s'en prévaloir.

Cette explication n'est pas sans inspirer quelque inquiétude logique. En premier lieu, l'acceptation anticipée du tireur constitue un engagement envers le porteur éventuel du titre à l'échéance, c'est-à-dire envers une personne indéterminée. Or, selon le droit commun on ne peut pas se lier envers une personne incertaine. Première pierre d'achoppement à l'encontre d'une théorie « qui trouve son principal mérite dans sa docilité à suivre les principes traditionnels ».

Supposant néanmoins que cette première objection ne soit pas déterminante, examinons sur quoi l'on fonde ce pouvoir extraordinaire de la clause à

(1) Ad. Pichon. « De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre ». Thèse Paris 1904, p. 52 et ss.

ordre qui soumet notre prétendue cession à une règle inverse de celle qui est le grand principe de la matière. On se base sur la volonté du débiteur de renoncer aux exceptions qu'il pouvait opposer.

Explication tout à fait vaine, car il arrive souvent que, de très bonne foi, le tiré et les endosseurs ignorent qu'ils perdent le droit d'opposer aux porteurs successifs les exceptions originaires. Ce n'est donc pas la volonté du débiteur qui rend ces exceptions inopposables, puisqu'elles le demeurent même lorsqu'il n'a pas, en fait, entendu y renoncer.

Quant à dire que la présomption de renonciation est irréfragable, c'est supprimer toute explication, c'est énoncer un fait et non sa justification logique.

Il faut donc conclure que, même abâtardie par des dérogations qui en dénaturent complètement la forme normale, la théorie de la cession de créance n'arrive point à rendre compte du jeu parfaitement original de la lettre de change.

Ainsi, sur le terrain du droit pur, nous nous trouvons en présence d'interprétations fort divergentes : mandat, délégation, cession de créance ; or, aucune de ces théories de droit commun n'apparaît comme entièrement satisfaisante. Cela s'explique, si l'on considère que nous sommes en présence d'une institution qui a évolué et s'est profondément modifiée au cours de cette évolution. Le Code de 1807 l'a cristallisée législativement en une période de transition. On n'a pas voulu oublier le contrat de change primitif, mais il a fallu réglementer la lettre de change comme un instrument d'utilisa-

tion du crédit, qu'elle est devenue. Ce point de vue transactionnel se marque très nettement en ce qui concerne la provision. Elle est seulement prévue, elle n'est point exigée. La logique du contrat de change eût réclamé qu'elle existât dès l'émission de la traite; mais les nécessités du crédit ont imposé l'abandon de ce point de vue. Ainsi se trouve-t-on en présence d'une législation en quelque sorte hésitante et divisée. Il n'est pas surprenant que les efforts d'exégèse tentés sur ces textes de conciliation n'aient point abouti à des formules de synthèse complète permettant d'envisager d'un point de vue unique le mécanisme hybride de l'institution.

En réalité, les auteurs ont été principalement guidés, dans l'orientation de leur doctrine du change, par des considérations pratiques. Aux solutions considérées comme souhaitables pour le commerce ou l'intérêt général du crédit, on a adapté, tant bien que mal, un vêtement juridique. La matière est, au premier chef, du domaine jurisprudentiel; nous allons voir que, sans rattacher toujours très nettement à une conception dominante les résultats pratiques qu'ils consacrent, les arrêts ont abouti à un système assez ferme en matière d'attribution de la provision.

§ 2. — *Exposé de jurisprudence*

La jurisprudence n'a pas adopté d'emblée le système qui est aujourd'hui le sien. Son évolution est marquée par trois stades successifs.

1. Les arrêts contemporains de la publication du Code, ou légèrement postérieurs, posent en principe que l'émission et la négociation de la traite n'impliquent point transport de la provision. Celle-ci demeure dans le patrimoine du tireur, qui en peut librement disposer jusqu'à l'échéance. En cas de faillite les créanciers du tireur viendront au marc le franc avec le porteur de la traite. Ces solutions sont généralement rattachées par les arrêts à la théorie du mandat. Les rapports qui naissent entre tireur et porteur sont de nature toute personnelle et entièrement indépendants de ceux qui existent déjà entre tireur et tiré (1).

Néanmoins, si la volonté des parties a entendu réserver spécialement la provision au paiement de la traite, elle sera respectée. D'où pourra s'induire cette affectation spéciale? La volonté seule du tireur ne suffirait pas à l'établir, alors même qu'elle se serait traduite extérieurement par un accord avec le porteur. Il faut une convention entre tireur et tiré car l'adhésion de ce dernier, dont la situation pourra se trouver empirée par le fait de cette affectation, est indispensable. Quand cette adhésion est-elle acquise en fait? L'interprétation jurisprudentielle s'est montrée tout d'abord assez stricte sur ce point (2) : on exigeait primitivement que le tiré

(1) Toulouse 20 mars 1830 ; Paris 18 avril 1833. Répert Dalloz, v° cit., n° 223.

(2) Cass. 9 juin 1841, Repert. Dalloz, v° cit., n° 233 ; Cass. 19 janvier 1847, D. 1847-1-409.

souscrivit de manière expresse à la convention qui avait pu intervenir à cet égard entre tireur et preneur. Puis, l'on a admis qu'une notification de cet accord, adressée au tiré, pouvait suffire. Si le tireur a indiqué sa volonté de « spécialiser » la provision, en l'adressant au tiré, on peut considérer qu'il lui confie un mandat. Si le tiré n'a pas fait de réponse, l'affectation sera réputée consentie par lui, car il est présumé, conformément aux règles du droit commercial, avoir accepté tacitement le mandat à lui confié (1). Les circonstances de la cause détermineront le plus souvent ce point de fait. Il y aura affectation spéciale dans tous les cas où l'équivoque n'est pas possible sur l'intention réelle des parties.

Notons que ces décisions ne s'attachent pas, pour déterminer le sort de la provision, au point de savoir si la traite a été ou non *acceptée* par le tiré. Poussant leur doctrine jusqu'à la dernière rigueur et repoussant les tempéraments d'équité que certains auteurs avaient proposés (2), plusieurs arrêts ont décidé que, nonobstant l'acceptation, la provision demeure dans le patrimoine du tireur, qui en peut librement disposer jusqu'à l'échéance (3).

2. Cependant de telles conséquences purent paraître inéquitables. Les arrêts dont nous allons

(1) Cass. 22 nov. 1830. Répert. Dalloz, v° cit., n° 224 ; Cass. 18 mai 1868, D. 68-1 323.

(2) V. Fremery Etudes de Droit commercial, p. 134.

(3) Répert Dalloz, v° cit., n° 224. Cf. Aix 25 août 1822, cod. v°, n° 227.

maintenant parler vont prendre l'acceptation de la traite en considération pour fixer les droits respectifs du tireur et du porteur sur la provision. Tant que la traite n'a pas été acceptée, le porteur devra subir le concours des créanciers du tireur failli, car il n'a pas plus de droits qu'un créancier ordinaire (1). Après l'acceptation, au contraire, les arrêts lui reconnaissent sur la provision un droit privilégié (2). Cette solution est dictée tout d'abord par la nécessité de retirer la provision des mains du tireur, lorsque le tiré s'est engagé définitivement. Quant à l'attribution de la provision au porteur de la traite, on la justifie économiquement en disant que l'acceptation a déterminé le porteur à recevoir la lettre de change et qu'ainsi, l'on comprend qu'elle lui confère un droit plus spécial sur la provision. Juridiquement, la solution ne paraît guère soutenable. Nous avons déjà indiqué l'objection : comment admettre que le fait du tiré puisse modifier la nature du droit que le porteur tient du tireur ? Un arrêt (3) a pourtant esquissé la justification en droit de ce point de vue. Sans doute, l'acceptation de la traite ne saurait donner des droits nouveaux au porteur. Mais elle permet au tiré qui a accepté, « de retenir le gage constitué par la pro-

(1) Toulouse 17 avril 1821, Paris 4 fév. 1822, Aix 12 juin 1823, Rép. Dalloz, v° cit., n° 226.

(2) Cass. belge. 25 juin 1840, Paris 16 juin 1828, Bruxelles 19 fév. 1829, Bordeaux 28 avril 1835. Répert. Dalloz, v° cit., n° 224, 226, 228.

(3) Toulouse 17 avril 1821, précité.

vision » et dont le privilège s'étendra ainsi indirectement au porteur, dans ses rapports avec les ayant causes du tireur. Mais ce privilège n'est point attaché à la personne du porteur; c'est au tiré qu'il affère; par conséquent si ce dernier tombe en faillite, le porteur subira le concours des autres créanciers du tiré.

Cette solution jurisprudentielle n'allait pas sans inconvénients. Les arrêts mêmes qui reconnaissent un droit personnel sur la provision au porteur de la traite acceptée, doivent pourtant convenir que, si plusieurs traites sont émises successivement, dont certaines sont acceptées et d'autres ne le sont point, le fait de l'acceptation ne saurait modifier les droits respectifs des porteurs et mettre obstacle à la règle « prior tempore, potior jure ». Or, comme les mêmes arrêts parlent parfois de « droit réel concédé au porteur », il est logiquement malaisé de concilier l'existence de ce droit réel avec la conservation de l'ordre primitif des porteurs (1).

Dans ce système qui fait de l'acceptation le critère de l'attribution des droits, il va sans dire que le porteur d'une traite *non acceptable* ne saurait prétendre à aucune préférence, puisqu'il n'est pas admis à réclamer du tiré l'engagement d'où naîtrait ce droit (2). Mais, par une anomalie assez curieuse, la jurisprudence postérieure qui a, nous le verrons, abandonné ce critère de l'acceptation, a

(1) V. Répert. Dalloz, v^o cit., n^o 228 *in fine*.

(2) Rouen 11 juin 1838, *eod. loc.* n^o 226.

néanmoins consacré l'exclusive contre la traite « non acceptable ». Cette clause de non-acceptation est encore interprétée par les arrêts comme impliquant, de la part du porteur, renonciation à tout droit particulier sur la provision (1).

Notons enfin que la généralité des arrêts ont admis que le protêt faute d'acceptation conférait au porteur les mêmes droits que l'acceptation elle-même. La jurisprudence analyse en effet la transmission de la lettre de change en une cession de créance : l'on a vu, dans l'exposé de doctrine, que le protêt est alors considéré comme tenant lieu de la signification prévue par l'article 1690 du Code civil (2).

3. Arrivons enfin au système actuel de la jurisprudence. Il prend appui sur des décisions antérieures à la codification de 1807, rendues sous l'empire de l'ordonnance de 1673 et considérant par conséquent la lettre de change sous l'angle exclusif du transport de place à place (3). Sous l'empire du Code, on peut signaler un arrêt de cassation dans le sens que nous allons indiquer, dès le 20 juin 1825 (4).

On cesse de distinguer les cas où la traite a été acceptée, de ceux où elle ne l'a pas été. Désormais,

(1) Cass. 2 mars 1857, D. 1857-1-119 ; *contra* : Grenoble 1845, D. 1845-4-179.

(2) Paris 31 décembre 1827, Rép. Dalloz, v° cit n° 232.

(3) Arrêté du 8 fructidor an VI, Rép. Dalloz, v° cit., n° 234 n. 3.

(4) Rép. Dalloz, v° cit.. n° 205.

par la seule vertu de l'endossement, la provision va appartenir au porteur, ou, comme disent certains arrêts, celui-ci en acquiert « la propriété ». Ce droit naît antérieurement à l'acceptation, il est indépendant, par conséquent, de sa survenance (1) ; il est créé sur la tête du premier preneur et transmis aux porteurs successifs en raison des « règles spéciales de la matière ». On est en présence d'une *cession de créance*, mais dispensée par le droit de change des formalités auxquelles la soumet le droit commun. Certaines décisions, dans le cas où la provision résulte de l'envoi de marchandises ou d'effets de commerce au tiré, identifient la provision avec ces valeurs mêmes et analysent l'opération en un véritable *transfert de propriété*. (Nous verrons, un peu plus loin, les conséquences de cette distinction, dans l'hypothèse de la faillite du tiré).

Le système ainsi adopté devrait logiquement conduire à dessaisir le tireur de tout droit sur la provision, dès l'émission de la traite. Cependant la jurisprudence, prenant en considération l'article 116 du Code de commerce, reconnaît unanimement au tireur le droit de disposer de la provision jusqu'à l'échéance, du moins tant qu'il reste solvable (2). Mais vient-il à tomber en faillite, ses créanciers ne peuvent réclamer de droits sur la créance, on la considère comme sortie des mains de leur dé-

(1) Paris 6 décembre 1831, *eod. loc.*, n° 230.

(2) Cass. 25 octobre 1906. Annales de Dr. commercial 1908, II-224-c.

biteur et passée dans un autre patrimoine. La solution est évidemment basée sur des considérations pratiques: nous avons vu, en effet, que l'attribution de la provision ne présente intérêt que lorsque une insolvabilité se manifeste. Hors cette hypothèse de sa faillite, la jurisprudence a entendu ne point porter atteinte à la liberté du tireur.

Mais comment justifie-t-elle en droit cette discrimination? Pour expliquer que le tireur conserve ses droits sur la provision tout en les ayant cédés, on dit que la cession de ces droits présente un caractère éventuel, qu'elle est soumise à la condition que la provision existera à l'échéance. Mais cette explication enferme une véritable « hérésie juridique » comme le fait remarquer M. Thaller (1), car le droit éventuel que le porteur tient du tireur serait soumis d'une manière absolue au bon vouloir de celui-ci, puisqu'il dépend de lui seul de conserver ou de retirer la provision des mains du tiré: condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige. Or, une telle condition ne peut, de droit commun, être insérée dans les contrats (article 1174 du Code civil).

Ainsi la jurisprudence se trouve-t-elle acculée à un dilemme: violer l'article 116 du Code de commerce, si elle ne laisse pas au tireur la libre disposition de la provision jusqu'à l'échéance, ou violer les principes de l'article 1174 du Code civil, si elle lui reconnaît ce droit de disposition. Dans le do-

(1) *Annales de Droit commercial*, *op. cit.* 1906.

maine même de la cession de créance, on n'arrive pas à se mettre d'accord avec soi-même. Preuve surabondante, à nos yeux, du mal fondé de ce système, de son impropriété foncière à rendre compte des opérations juridiques qu'enferment la création et la transmission de la lettre de change. Nous avons déjà développé les autres objections doctrinales que soulève cette idée de cession de créance. Sans nous y attarder davantage, examinons les solutions de fait auxquelles aboutit la jurisprudence qui la prend pour base.

On peut mettre à part le cas d'affectation spéciale (1) et *a fortiori* le cas de la traite documentaire (2), où cette affectation résulte du libellé même de l'effet: dans ces hypothèses, les droits du porteur sur la provision ne sont évidemment pas discutés.

En l'absence d'une telle convention, il faut déterminer l'étendue des droits du porteur d'abord dans ses rapports avec les créanciers du tireur, puis à l'égard du tiré.

a) Non seulement la jurisprudence concède la préférence au porteur sur les créanciers du tireur, lorsque la provision existera à l'échéance (3), mais elle lui reconnaît le même privilège, alors même que la provision, *n'existant pas à l'échéance*, n'a été réalisée que postérieurement. Et ce droit du por-

(1) Cass. 21 mai 1884, S. 1885-1-117.

(2) Cass. 17 août 1859, S. 1860-1-61.

(3) Cass. 14 mai 1873, S. 1873-1-374.

teur ne sera pas entravé par la saisie-arrêt que, sur cette « provision tardive », les créanciers du tireur auraient pu opérer entre les mains du tiré (1). Cette solution est déconcertante; elle vient à l'encontre des dispositions les plus formelles de la loi: Quand, en effet, y a-t-il provision ? Quand une créance suffisante existe à l'échéance, nous répond l'article 116. Or, dans notre hypothèse, à l'échéance, cette créance n'existe pas: il ne saurait donc être question de provision. La jurisprudence déclare le contraire et applique la provision au porteur.

De même, lorsque des marchandises ont été remises au tiré afin d'être vendues, nous savons que la provision consiste dans la créance éventuelle du prix de vente (2): il n'y a donc provision réalisée qu'autant que cette vente a été effectuée antérieurement à l'échéance. Si la vente ne s'est point faite, il n'y a pas provision au sens strict. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît au porteur le droit de faire saisir les marchandises et de faire procéder à la vente, de manière à se payer sur le prix (3). Les marchandises n'ont point cessé, cependant, d'être la propriété du tireur et de demeurer à ses risques. On se demande comment, à défaut d'affectation spéciale et en l'absence d'une provision dûment réalisée, le porteur jouit sur les marchandises de droits

(1) Rouen 11 nov. 1903, S. 1905-2 169, note Dalmbert, D 1906-2 233 note Percerou

(2) Cass 21 mars 1884, D. 1884-1 291, S. 1885 1-117

(3) Rouen 11 nov. 1903 précité.

plus étendus que ceux des autres créanciers du tireur.

b) Quelle est la situation respective du porteur et du tiré? Ce dernier, s'il est devenu, depuis l'émission de la traite, créancier du tireur, peut-il opposer au porteur l'exception de compensation? Si l'on admet que la création de la traite a fait sortir la créance du patrimoine du tireur, cette compensation n'a pu s'opérer, puisque dette et créance ne se seront pas rencontrées. C'est la solution généralement adoptée. Toutefois, parallèlement à ce qui se décide pour le droit du tireur de disposer de la provision, on admet une distinction: si le tireur est en faillite, le tiré ne pourra opposer la compensation, mais si le tireur reste *in bonis*, le tiré pourra au contraire s'en prévaloir (1). La jurisprudence est déterminée par une considération pratique: si le tireur demeure solvable, le recours que le porteur de la traite exercera contre lui sera efficace; il serait inopérant dans le cas contraire. Mais, du point de vue juridique, les mêmes objections que nous avons relevées plus haut peuvent être renouvelées ici

La compensation est une manière pour le tiré de se dessaisir de la provision. Les arrêts, pour garantir les intérêts du porteur, ont admis que ce dernier peut mettre obstacle à ce dessaisissement avant l'arrivée de l'échéance. Pour cela faire, le tiré n'a pas besoin de procéder par voie de saisie-arrêt; il

(1) V. Annales de Droit commercial 1910-II-238-d.

suffit d'une simple défense adressée au tiré; si ce dernier n'en tient pas compte, il restera tenu envers le porteur (1). Après l'échéance, une telle défense n'est même plus nécessaire. Du moment que la provision existe, le porteur possède désormais sur elle un droit absolu. Le tireur n'en peut plus disposer: nonobstant tout ordre contraire émané de lui, le tiré devra conserver la provision. S'il manque à cette obligation, il restera tenu envers le porteur, malgré le remboursement effectué entre les mains du tireur.

Cette solution doit-elle être admise, même en l'absence d'acceptation, même à défaut d'une opposition ou défense émanée du porteur? Il paraît difficile d'aller jusque là, car, si la traite n'est point présentée à l'échéance, le tiré ne peut cependant rester tenu indéfiniment, il devrait avoir le droit de se libérer. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette considération; après certaines hésitations, elle a décidé que le tiré n'a point le droit de dessaisir, que s'il le fait, c'est à ses risques et périls (2). Cela est vrai, non seulement de la provision elle-même, mais des marchandises qui lui donnent aliment. Bien que ces marchandises ne constituent point à proprement parler la provision, elles s'identifient en quelque sorte avec elle, de sorte que le tiré qui s'en dessaisit au mépris du droit exclusif

(1) Cass. 1^{er} juillet 1858, S. 1858-1-807.

(2) Cass. 2 juillet 1883, S. 1883-1 64.

et privilégié du porteur, sera responsable vis-à-vis de ce dernier.

Mais une fois sorties des mains du tiré, les marchandises n'alimentent plus la provision; si l'on suppose le tireur en faillite, les marchandises, revenues dans son patrimoine, demeureront le gage commun de tous ses créanciers. Le porteur devra donc subir leur concours. Il pourra, sans doute, exercer contre le tiré une action en responsabilité, mais si le tiré est lui aussi en faillite, le porteur viendra dans cette faillite au marc le franc, comme dans la première (1).

Supposons maintenant que le tiré, ayant provision, vienne à tomber en faillite: quels seront les droits du porteur? Cela va dépendre, selon la jurisprudence, de la nature de la provision. La formule synthétique que nous en avons proposée n'est point, en effet, admise communément. On distingue suivant la manière dont elle est constituée. Dans le cas où c'est une simple créance d'argent, cette créance est au même rang que les autres créances de la faillite. Elle donne seulement droit à un dividende. Si, au contraire, la provision consiste en marchandises ou en effets de commerce, on peut, étant donnée son individualisation, invoquer sur elle un droit de propriété et non plus un simple droit de créance. Dès lors, le porteur pourra, en pareil cas, faire valoir ses droits sur la provision et il

(1) Rouen 11 nov. 1903, précité.

sera payé par préférence avant les autres créanciers de la faillite (1).

Nous avons examiné, dans toutes les hypothèses saillantes, quelle est la situation du porteur de la traite, vis-à-vis du tireur, du tiré et de leurs ayant-causes. Il faut se demander maintenant quelle est l'*étendue* de ses droits, dans quelle mesure il va pouvoir se prévaloir de la créance dont transport a été opéré sur sa tête par endossement. Cette créance lui a été cédée telle qu'elle existait dans le patrimoine du tireur : si elle était accompagnée de sûretés, garantie par une hypothèque, ces sûretés seront conservées, et le porteur pourra s'en servir. Bien plus, ces garanties passent au porteur même à son insu, car cela n'empire pas la condition du tiré et la traite s'en trouve en quelque sorte fortifiée (2). Par contre, les clauses du contrat primitif qui tendraient à diminuer la force de la traite et pourraient être ignorées du preneur ne lui seront pas opposables. Tel est — nous l'avons vu — le résultat des règles spéciales du droit de change.

Tout au moins la jurisprudence applique-t-elle ce principe de conservation de la créance et de ses accessoires actifs dans son intégralité ? La question s'est posée dans l'espèce suivante : une traite a été tirée par le vendeur d'un fonds de commerce sur son acquéreur et négociée à un tiers. D'autre part, le contrat de vente du fonds contient une clause

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* IV, n° 173.

(2) Paris 4 janvier 1899, D. 1900-2-121, note Percerou.

d'exigibilité immédiate du prix, au cas de revente avant l'échéance fixée pour le paiement. Le porteur de la traite peut-il se prévaloir de cette clause? Logiquement, oui, puisque la cession de créance implique conservation de la créance primitive avec toutes ses prérogatives: la clause envisagée en est un accessoire avantageux.

Un arrêt de la Cour de Paris s'est pourtant décidé pour la négative, car « si l'endossement d'un effet de commerce transmet au porteur la propriété du titre et tous les accessoires de la créance pouvant rendre plus facile son recouvrement, il ne peut avoir pour conséquence de rendre communes au porteur toutes les conditions du contrat lesquelles ne figurent pas dans le contexte de l'effet et demeurent inconnues au porteur » (1).

M. Wahl critique justement une doctrine aussi inconséquente avec elle-même. Non seulement, en vertu du principe de l'inopposabilité des exceptions on purge la créance de tout ce qui pourrait l'affaiblir, mais encore, parmi ses éléments actifs, on fait un choix: seuls seront conservés ceux des accessoires de la créance « qui en faciliteront le recouvrement » et non les autres? Distinction tout arbitraire et à laquelle l'arrêt de Paris ne se tient du reste pas, car il en propose sur le champ une seconde entre les conditions du contrat qui ont été connues et celles qui ont été ignorées du porteur: subsisteront seules les conditions que « le contexte de

(1) Même arrêt, v. S. 1902-2-201, note Wahl.

l'effet » lui aura révélées. Comme le fait observer M. Wahl, la Cour de Paris semble s'être référée, dans cette décision, à la conception allemande du droit de change dans laquelle le libellé du titre constitue à la fois le fondement et la limite du droit du porteur.

Critique. — Cet examen de la jurisprudence nous a donné occasion de relever de nombreuses contradictions. La doctrine nous offrait des conceptions juridiques dépourvues de netteté et de rigueur. Nous voyons à présent les arrêts adopter un point de vue tout à fait différent de celui qui était primitivement le leur. La loi pourtant n'a point changé, mais il faut reconnaître que le caractère quelque peu ambigu de ses dispositions n'en facilitait point l'interprétation.

Ce que l'on peut, à plus juste titre, reprocher à la jurisprudence, c'est de n'être point demeurée d'accord avec elle-même. Les diverses déformations qu'elle impose à son système de la cession de créance en altèrent complètement l'ordonnance logique. On a pu même douter que ce système de la cession fut vraiment le sien. « La vérité, écrit M. Thaller (1), est que les arrêts esquivent la difficulté doctrinale, parlent d'engagement direct du souscripteur en termes plus ou moins enveloppés et masquent le vide de l'explication par un délayage de considérations utilitaires. De tout ce verbiage

(1) *Op. cit.* Annales de dr. commercial, 1906, p. 136.

ne se dégage aucune doctrine nette, précise et convaincante ».

En réalité, la jurisprudence a voulu utiliser la provision pour consolider le crédit commercial et augmenter la valeur intrinsèque de la lettre de change. Cette tentative, juridiquement, nous paraît fort hasardeuse ; elle contrarie le mouvement dessiné par l'évolution historique de la lettre de change et ne compense point, nous semble-t-il, son infirmité juridique par des avantages pratiques réels.

L'aperçu historique que nous avons précédemment fourni, nous a amené à constater que cette provision, dont la jurisprudence s'empare, est essentiellement liée au transport de valeur à quoi servait exclusivement la lettre de change originaire. C'est à ce titre qu'elle a pénétré dans le Code. Mais le législateur, désireux de respecter le nouveau développement pris par la lettre de change dans son rôle de mobilisation du crédit, a désormais prévu l'existence de la provision non plus pour le moment de l'émission, mais pour celui de l'échéance. On se trouve, nous l'avons souligné déjà, en présence d'un essai de conciliation qui marque une période de transition dans l'évolution de la lettre de change.

Mais, déformant, semble-t-il, la conception du Code, la jurisprudence a voulu transporter la provision dans le domaine de la lettre de change — instrument de crédit. Elle a fini par l'ériger en garantie de la traite, lui donnant un rôle que le législateur de 1807 n'avait sûrement pas prévu. Cet effort jurisprudentiel tend à donner à la provision

une importance considérable, à en faire, si l'on peut dire, l'âme même de la lettre de change. Un tel développement nous paraît présenter le caractère d'une anomalie, si, se reportant aux précédents historiques on redescend le cours du XIX^e siècle et si l'on examine les tendances qui d'une manière très nette, à peu près unanime, se sont fait jour dans les modernes réglementations du droit de change. L'examen des législations étrangères nous indiquera dans quel sens marche le courant. Qu'il nous suffise de dire qu'à l'heure actuelle la lettre de change est envisagée presque exclusivement comme un instrument de crédit et qu'à mesure que ce point de vue tend à prédominer, l'on fait à la provision une place de moins en moins importante : bien des lois la passent même complètement sous silence. Or, la jurisprudence française s'établit sur des positions absolument opposées.

On invoque, en faveur de sa conception, des considérations pratiques. Si un droit particulier sur la provision est ainsi accordé au porteur, c'est afin de consolider la traite par l'adjonction d'une garantie réelle et d'encourager ainsi la libre circulation des effets et l'essor du crédit.

Mais le procédé est-il efficace, le résultat cherché est-il atteint ? L'examen des réalités du change nous conduit à en douter. Ce qui constitue la valeur véritable d'un effet de commerce, l'essence même du crédit, c'est la confiance qu'inspire la solvabilité des souscripteurs dont la signature figure sur l'effet. C'est cet élément personnel qui seul fournit une ga-

rantie effective. C'est lui seul qui est pris en considération au moment où la traite est présentée à l'escompte. Le législateur lui-même a souligné l'importance qu'il y attachait lorsqu'il a édicté, à une époque presque contemporaine de la promulgation du Code de commerce, le règlement définitif de la Banque de France. Voulant assurer à l'escompte de la Banque une entière sécurité, il dispose : « La Banque... n'admet à l'escompte que les effets de commerce à ordre, timbrés et garantis par trois signatures au moins, notoirement solvables » (1). C'est en effet la solvabilité plus ou moins grande des souscripteurs qui sert à établir la hiérarchie entre les titres de commerce : on a ainsi des signatures de premier, de deuxième... de dernier ordre.

Jamais, en pratique, l'existence de la provision ne sera une condition vraiment déterminante de l'escompte. Comment pourrait-elle en effet *lors de l'émission et de la transmission de la lettre de change*, constituer une garantie ferme ? La jurisprudence est obligée de reconnaître que, jusqu'au moment de l'échéance, le tireur solvable a le droit de reprendre des mains du tiré une provision déjà faite. L'existence de la provision au moment de l'escompte n'implique donc point qu'elle subsistera à l'échéance entre les mains du tiré. Il faut reconnaître que si la provision est une garantie, cette garantie est d'une nature bien fragile.

D'ailleurs l'exemple des pays étrangers dont la

(1) Décret du 16 janvier 1808, article 11.

législation n'admet pas le porteur de la traite à faire valoir sur la provision des droits spéciaux (ces pays sont aujourd'hui la majorité) nous avertit suffisamment que l'absence de cette garantie n'apporte aucun obstacle à une circulation saine et intense des effets de commerce. Signalons que les Etats-Unis d'Amérique et l'Angleterre ne font point de place à la provision dans leur droit de change.

Non seulement la « propriété » de la provision, ainsi conférée au porteur, ne présente pas les résultats avantageux qu'on lui prête, mais elle entraîne un inconvénient grave.

Ce droit s'exerce le plus souvent en cas de faillite du tireur. Il a pour résultat de conférer à l'un des créanciers un véritable privilège qui lui donne préférence sur les autres. L'on enfreint de la sorte une des règles fondamentales de la faillite, à savoir que l'égalité doit régner entre créanciers, à moins de disposition formelle de la loi.

Faut-il maintenant rappeler les griefs juridiques que l'on peut articuler contre cette théorie de la provision? Nous venons de dire qu'elle crée un privilège sans texte. On a déjà vu, par ailleurs, que le droit qu'elle confère au porteur est soumis à une condition purement potestative de la part du tireur, ce qui est prohibé par la loi. Il nous paraît impossible d'adapter une doctrine cohérente et unique à l'ensemble des solutions jurisprudentielles. Nous avons déjà suffisamment marqué l'incompatibilité qui existe entre les principes de la cession de

créance et le mécanisme du contrat auquel on voudrait les appliquer. Mais on constate en outre — indépendamment même de toute application du droit civil à la matière — que la construction édictée par la jurisprudence est tout à fait inélégante : elle superpose deux actions dans les mains du porteur : l'une qui est à peu près celle du contrat primitif, quoique diminuée d'une partie de ses accessoires tant actifs que passifs, l'autre qui est personnelle au porteur et naît directement contre le tiré. Dualité concevable en cas d'acceptation de la traite, c'est-à-dire d'engagement voulu et personnel du tiré, mais véritablement impossible à justifier, lorsqu'on fait naître cette deuxième action sans le concours du tiré, par exemple d'une défense à lui faite de se dessaisir de la provision, ou même du simple fait qu'il a détenu cette provision lors de l'échéance.

Cette construction complexe de la jurisprudence contraste avec l'extrême concision du Code en matière de provision : cet élément du contrat de change n'a qu'une place modeste dans la loi. Le Code n'attache, semble-t-il, qu'une importance relative à cette provision, si enflée par les arrêts : il se borne, dans l'article 116, à indiquer les éléments qui la déterminent. Si elle fait défaut, point de nullité pour en sanctionner l'absence ; les seules conséquences ici prévues sont celles qui découlent du droit commun dans les contrats de bonne foi : nous verrons, en effet, lorsque nous étudierons les législations étrangères, qu'elles consacrent des solutions

analogues sans s'occuper de la provision. Notre Code l'a conservée, sans doute, mais à un rang certainement effacé, probablement comme une survivance. Il n'y a point de proportion entre la teneur de ces dispositions législatives et les résultats que la jurisprudence a entendu en faire sortir. Ce privilège du porteur, hors de nos frontières, ne se retrouve guère qu'en Belgique, où la jurisprudence avait pourtant, jusqu'en 1872 refusé de le reconnaître. Nous sommes amenés à conclure que ni le droit pur, ni l'équité, ni l'intérêt du crédit ne commandent l'admission de ce privilège. Les premiers arrêts fournissaient, croyons-nous, une analyse plus nette et plus sûre du mécanisme de la lettre de change, en distinguant soigneusement la convention de change du contrat primitif qui en avait été l'occasion. Ils arrivaient à une solution pratique plus équitable en refusant au porteur tout droit spécial sur la provision.

Il doit rester néanmoins loisible au preneur de s'assurer, s'il y attache quelque importance, une garantie, non plus illusoire mais effective, du fait de la provision, en provoquant l'affectation spéciale de cette provision au paiement de la traite qu'il escompte. En effet, cette affectation mettra désormais obstacle à la libre disposition des fonds de la provision par le tireur, et laissant d'autre part ces fonds en dehors du patrimoine du tiré, elle assurera au porteur le paiement de la traite, nonobstant l'insolvabilité ou la faillite, soit du tireur, soit du tiré.

Remarquons que cette affectation spéciale pré-

sentera le maximum d'intérêt lorsque les garanties personnelles de la traite se trouveront amoindries : ce qui est le cas, par exemple, de la traite non acceptable. Le crédit personnel du tiré ne vient pas fortifier cette sorte de traites, puisqu'on ne peut les présenter à sa signature ; on conçoit que, dans ces conditions, il soit utile de substituer à la garantie personnelle une sorte de gage sur la provision. Cette utilité a été aperçue dans certains pays qui n'ont pourtant pas dans leur loi de dispositions concernant la provision. Ainsi en Autriche, le tiré répugne généralement à donner sa signature sur la traite ; cette diminution de garantie a pour résultat de faire monter le taux de l'escompte jusqu'à des proportions usuraires. Aussi une campagne a-t-elle été récemment engagée dans ce pays, visant à l'introduction de la *traite non acceptable avec affectation spéciale de provision*. Au lieu de la double garantie personnelle de la signature du tireur et du tiré, ces traites présenteraient la garantie réelle résultant de la provision. Ce vœu du commerce autrichien paraît fondé (1). Notons que, dans cette hypothèse spéciale, la jurisprudence aggrave d'une manière étonnante la condition du porteur, d'ordinaire favorisée jusqu'à l'excès.

Précisément quand la garantie personnelle du tiré

(1) V. Percerou. « Une campagne pour l'introduction, en Autriche, de la traite non acceptable avec affectation spéciale de provision ». *Annales de dr. commercial*, 1903, p. 419

vient à faire défaut, c'est-à-dire quand la traite est stipulée « non acceptable », la jurisprudence supprime la garantie résultant de la provision. Elle cesse de reconnaître au porteur, au moment où il lui serait vraiment utile, le privilège qu'elle consacre dans les cas habituels où il peut justement paraître superflu (1).

Quant à l'acceptation du tiré, nous avons vu qu'elle a pour effet d'interdire désormais au tireur de retirer la provision. Mais cette solution d'équité peut s'expliquer, nous l'avons vu, par une simple immobilisation des fonds, sans qu'il soit besoin de recourir à l'hypothèse hasardeuse d'un transport de cette provision d'un patrimoine dans l'autre. C'est l'intérêt du tiré qui réclame protection en cette circonstance ; on ne voit pas pourquoi la condition du porteur devrait s'en trouver améliorée.

Enfin, à défaut de convention contraire, dans le cas de faillite du tireur ou du tiré, le porteur, qui est un créancier comme un autre, recevra un simple dividende, ainsi que les autres créanciers.

(1) Cassation, 2 mars 1857. D. 57-4 119

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE PROVISION

Nous avons indiqué, en étudiant l'évolution historique de la lettre de change, que primitivement l'existence de cet effet de commerce ne pouvait se concevoir qu'en raison de l'existence préalable d'une valeur qu'il s'agissait de transporter d'un lieu à l'autre. La traite avait uniquement pour objet d'effectuer ce transport sans déplacement d'espèces métalliques. Si la valeur venait à manquer, l'opération envisagée n'avait plus de raison d'être et l'écrit qui aurait pu être établi en vue de cette opération était évidemment nul et sans objet. La provision — c'est le nom technique de cette valeur à transporter — a donc constitué, à l'époque ancienne, un élément absolument essentiel de la lettre de change.

L'on a vu comment, par l'introduction de l'usage de faire accepter les traites, la lettre de change avait trouvé un nouvel emploi et comment, par l'introduction de la clause à ordre et le mécanisme de l'escompte, elle était devenue un instrument de cré-

dit. Dans cette nouvelle conception de la lettre de change, la provision cesse d'être un des éléments essentiels de sa validité, pour glisser en quelque sorte au rang d'accessoire, de garantie supplétoire à celle que fournit à chacun des souscripteurs le crédit personnel, la solvabilité de ses co-obligés.

C'est bien de ce dernier point de vue que le législateur a envisagé la provision, lorsqu'il s'est agi d'établir les conséquences légales qui résultent de son absence. *La lettre de change n'implique pas nécessairement provision.* Tel est le principe. Il tient à la nature même de cet effet de commerce. Celui-ci, envisagé indépendamment des constructions jurisprudentielles qui ont pu en masquer ou en altérer la nature juridique est une simple promesse de faire payer. Promesse qui demeurera ferme et devra être tenue, qu'il y ait ou non provision entre les mains de celui par qui doit s'effectuer le paiement promis. La loi ne dit nulle part que la provision soit indispensable. Bien plus, elle reconnaît explicitement la validité de la traite démunie de provision, puisqu'elle accorde, dans ce cas, au porteur, un recours basé sur la traite elle-même. Contrairement à l'opinion de M. Thaller, opinion que le savant professeur fondait sur « l'évidence » et « la nature des choses » nous poserons en principe que, dans notre matière, la provision est purement facultative.

Le tireur ne peut être contraint expressément et directement de faire provision, ni par le porteur, ni par le tiré. Le porteur qui désire une garantie

n'a d'autre moyen que de faire accepter la traite par le tiré. Si cette acceptation est donnée, il y a les plus grandes chances que le paiement sera effectué: le porteur devra se contenter de cette garantie personnelle du tiré, sans avoir le droit de vérifier si l'acceptation est motivée par l'existence d'une provision suffisante. Le tiré refuse-t-il d'accepter la traite, le porteur ne peut davantage obtenir que le tireur fasse provision: il pourra exiger seulement que caution lui soit donnée pour assurer le paiement à l'échéance (art. 120 du Code de commerce) ou, à défaut, que remboursement soit effectué des fonds versés par lui pour l'acquisition de la traite.

Quant au tiré, il ne peut non plus forcer le tireur à faire provision. S'il s'est engagé purement et simplement envers le tireur à acquitter la traite, nous avons vu que l'on considère cet engagement comme constituant provision par ouverture de crédit, dans les rapports du moins de tiré à tireur. Il devra donc remplir son obligation, même si le tireur ne l'a pas couvert.

A défaut de cet engagement ferme, le tiré qui n'a pas provision n'a qu'à ne point accepter la traite, ou, s'il l'a acceptée, à en refuser paiement. Auquel cas, c'est le tireur qui, sur le recours exercé par le porteur, sera obligé d'effectuer lui-même le paiement.

Ainsi, on le voit, aucune nullité ne sanctionne l'absence de provision dans la lettre de change. On a cru pouvoir fonder sur le défaut de provision la

nullité des effets de complaisance; c'est pourquoi nous en traiterons dans ce chapitre — mais nous verrons que là nullité des effets de complaisance s'explique tout autrement.

Toutefois comme il ne serait pas juste que les déchéances sévères du droit de change entraînaient l'enrichissement d'une des parties au contrat, aux dépens de l'autre, le législateur, ayant à régler la situation d'un porteur de traite qui a omis de remplir les formalités légales, lui reconnaît envers le tireur des droits variables, suivant que ce dernier a ou n'a pas fait provision.

Il peut se faire que la créance du tireur contre le tiré soit inférieure au montant de la traite ou des traites émises. Une provision insuffisante doit-elle être assimilée à une provision inexistante? En cas de concours de plusieurs traites sur une provision insuffisante, comment devra se régler ce concours? Nous examinerons ces deux questions à la fin du présent chapitre.

§ 1. — *Du porteur et des endosseurs négligents*

On sait que la loi a prévu, autour du paiement de la lettre de change, l'accomplissement de certaines formalités spéciales. La lettre de change doit être présentée au paiement, le jour même de l'échéance (article 161 du Code de commerce); si elle n'est pas acquittée, le porteur doit faire dresser protêt (art. 162) et pour pouvoir recourir contre tireur et en-

dosseurs, faire dénoncer le protêt et donner assignation aux intéressés dans un délai qui est en principe de quinze jours (art. 165) (1). Faute pour le porteur de s'être soumis à ces formalités, il perd tout droit de recours, soit contre les endosseurs, soit contre le tireur (articles 168, 169, 170).

Cette disposition s'explique aisément. Tout d'abord, pour ce qui est des endosseurs, ils ont dû acheter la traite avant de la vendre et son passage n'a laissé en leurs mains aucun bénéfice appréciable. Ayant, comme le porteur, déboursé un certain prix pour se faire endosser la traite, ils sont dans une situation de tout point comparable à la sienne. Si donc le porteur n'a pas fait les diligences prescrites par la loi pour obtenir son paiement, il est juste que les conséquences du défaut de paiement retombent en définitive sur lui. Soit qu'il n'ait point présenté la traite au paiement le jour même de l'échéance, soit qu'il ait omis de mettre en cause les souscripteurs de la traite en temps utile, il a commis une faute, il a laissé courir un laps de temps pendant lequel des insolvabilités ont pu naître ou des garanties disparaître, qui rendront illusoire le recours que ses garants auraient été à même d'exer-

(1) Les endosseurs assignés peuvent, à leur tour, recourir contre les endosseurs précédents et le tireur, à condition d'accomplir les mêmes formalités (art. 167 2°). Nous ne parlerons au texte que de la situation du porteur négligent; mais celle des endosseurs qui ont omis d'assurer leur recours par l'accomplissement des formalités requises, se règle d'une manière tout à fait identique.

cer. Il ne peut, dans ces conditions, contraindre ces derniers à payer deux fois, puisqu'ils n'ont, en ce qui les concerne, aucune négligence à se reprocher.

Le même raisonnement peut s'appliquer au tireur qui a fourni provision. La traite, présentée en temps utile, aurait pu être payée, alors que ce paiement n'est désormais plus possible ; il suffit de supposer que l'insolvabilité du tiré ne s'est produite que postérieurement à l'échéance. Si, même à défaut de paiement, les recours avaient été régulièrement exercés dans les délais, le tireur, ayant désintéressé les souscripteurs, pouvait se retourner efficacement contre le tiré pour obtenir de lui restitution de la provision. Un tel recours resterait vain désormais, à raison des circonstances que le porteur a laissé naître. Au porteur donc de subir les conséquences de sa faute : le tireur a rempli son obligation en faisant provision, il ne serait pas équitable, en l'occurrence, de réclamer de lui davantage.

Mais la situation est toute différente, à l'égard du tireur, si ce dernier n'a point fait provision. En effet, le porteur a déboursé une certaine somme d'argent pour acquérir la traite. Lorsque cette traite reste impayée à l'échéance, il tend, par son recours, à éviter une perte. La loi qui couvre le tireur, lorsqu'il a fait provision, contre un recours irrégulier ou tardif, ne saurait le garantir de même, en dépit de la négligence du porteur, si provision n'a pas été faite. Lorsque, en effet, le tireur n'a pas fait

provision, la traite ne lui a, peut-on dire, rien coûté d'autre qu'une signature. Il réaliserait donc aux dépens du porteur négligent un enrichissement injustifié. La loi ne l'a point permis. Appliquant à cette hypothèse le principe de l'enrichissement sans cause, elle décide que, pour échapper au recours du porteur négligent, le tireur devra faire la preuve que la provision existait à l'échéance (article 170 du Code de commerce).

Le même principe trouve son application dans une hypothèse voisine (art. 171). Il y a provision le jour de l'échéance, mais la traite n'est pas présentée. Le tireur reprend ensuite la provision ou en profite de quelque manière. Bien que le porteur se soit montré négligent et qu'il y ait eu provision justifiée le jour de l'échéance, le tireur ne sera pas à l'abri du recours, car on ne peut admettre qu'il s'enrichisse sans raison aux dépens du porteur (1).

Ces dispositions de la loi sont inspirées par un grand principe d'équité dont les applications nombreuses et diverses débordent largement le domaine de la provision. C'est ce qui explique comment, ainsi que nous le verrons, certaines législations étrangères, sans faire place à la provision dans leur droit de change, édictent néanmoins, dans l'hypothèse qui nous occupe, des solutions identiques à celles de notre Code.

(1) Cass., 29 mars 1904, D. 1907-1-343.

§ 2. — *Des effets de complaisance*

Un commerçant, gêné dans ses affaires et en quête de crédit, s'adresse à une personne dont il n'est point le créancier, avec qui il n'est peut-être même pas en rapports d'affaires et qui consent à ce qu'une traite soit tirée sur elle. Cette personne apposera sur la traite une signature pour acceptation. Voilà un effet qui a toutes les apparences d'une lettre de change solide et valable; mais en réalité aucune opération commerciale n'est intervenue. C'est ce que l'on appelle un effet de complaisance; ce qui le caractérise, c'est que dans l'intention des parties qui ont concouru à son émission, ce n'est pas au tiré qu'incombera la charge de payer la traite. Il est convenu que les fonds nécessaires à l'acquitter seront, en temps utile, envoyés au tiré par le tireur lui-même. Celui-ci les fournira sans difficulté, s'il est revenu à meilleure fortune. Mais si l'état de ses affaires est demeuré fâcheux il devra, pour trouver les fonds nécessaires, tirer une nouvelle traite, la faire accepter, la faire escompter et appliquer au paiement de l'effet venant à échéance les fonds ainsi procurés. C'est ce que l'on appelle un renouvellement. Ces renouvellements se succéderont, plus difficiles à mesure que le crédit du tireur ou du tiré ira décroissant, et jusqu'à épuisement complet de ce crédit : pratique onéreuse pour qui l'emploie et qui aboutit générale-

ment à faire supporter aux escompteurs de la traite la plus récente les conséquences de l'insolvabilité du tireur et du tiré (1).

L'opération ainsi décrite doit être soigneusement distinguée de certaines hypothèses voisines. Il se peut très bien, que sans être débiteur d'un commerçant ou sans être en rapport d'affaires avec lui, on lui consente une ouverture de crédit. Une telle opération est parfaitement licite et sérieuse : l'ouverture de crédit constitue une sorte de provision, car le tiré s'engage par son acceptation à faire les fonds à l'échéance. Dans l'effet de complaisance, au contraire, le tiré accepteur n'a pas l'intention de s'obliger ; il ne prête en quelque sorte que sa signature.

Il est d'autres hypothèses où, bien que la provision n'existe pas à l'échéance et qu'il soit nécessaire de recourir au renouvellement, on se trouvera en présence d'une opération parfaitement valable. Certaines ventes sont consenties avec un crédit de neuf ou dix mois ; les lettres de change se tirent habituellement à trois mois de date au maximum. On ne pourrait négocier aisément des effets à plus longue échéance. Pour tourner la difficulté, le vendeur tire sur l'acheteur une traite à trois mois

(1) Nous nous bornons ici à indiquer le mécanisme schématique de l'opération. Elle est susceptible de revêtir diverses formes plus ou moins ingénieuses, sur lesquelles on pourra consulter la note fondamentale de M. Thaller au Dalloz 1897, 2^e partie, p. 385.

et la fait accepter. L'accepteur ne sera pas en état d'acquitter cette traite. On y pourvoira par renouvellement. Mais la dernière traite, dont l'échéance concordera avec celle de la dette, sera effectivement acquittée par le tiré. Ces sortes de valeurs sont dites « valeurs à renouvellement » ou « effets de circulation » ; elles ont pour base une opération sérieuse, elles ne sont point émises dans le dessein de faire croire à un crédit imaginaire ; elles ne peuvent donc être taxées de complaisance.

Les effets de complaisance ainsi délimités tombent sous le coup d'une double sanction, l'une civile, l'autre pénale.

1° *Sanction civile.* — La jurisprudence considère dans la plupart des cas, la lettre de change de complaisance comme démunie des voies de recours et des actions qui appartiennent à une lettre de change régulière.

Quel est le vice particulier qui vaut un tel traitement aux valeurs de complaisance ? Quel est le fondement juridique de cette sanction ?

On l'a longtemps rattachée à l'absence de provision. La vraie provision, dit-on, existe en dehors de la traite. Elle résulte d'une situation juridique préexistante, dont la traite est une conséquence, un moyen de solution. L'effet de complaisance, au contraire, se procure à lui-même son propre aliment : les fonds qui serviront à l'acquitter seront issus de lui-même et non d'une opération réelle qui lui servirait de soutien.

A l'examen, l'explication ne paraît point satisfaisante. Nous avons vu qu'il peut exister des traites sans provision, sans qu'elles soient pour cela des valeurs de complaisance. Nulle part la loi ne dit que la provision soit indispensable. Supposons qu'un commerçant émette une lettre de change avec l'intention formelle d'en assurer provision à l'échéance. Les circonstances ne lui permettent pas de réaliser son intention. Parlera-t-on ici d'effets de complaisance? Non, évidemment. Il y aura là, malgré l'absence de provision, une lettre de change parfaitement valable et qui produira tous ses effets.

A l'inverse, on peut rencontrer des effets de complaisance qui ne soient point dépourvus de provision. Lorsque le tireur d'un tel effet, se conformant à son accord avec le tiré fait les fonds à l'échéance, il y a provision. L'effet garde néanmoins son caractère de complaisance; ce n'est pas en effet le respect ou la violation des engagements contractés par le tireur avec le tiré qui peut changer la nature de la traite.

Notons enfin qu'à considérer la provision comme le critérium qui distingue les effets normaux des effets de complaisance, on est amené à conclure qu'il ne peut y avoir de billets à ordre de complaisance, puisque selon l'opinion de la grande majorité des auteurs (1), il n'y a point place, dans la matière du billet à ordre, pour une théorie de la provision.

(1) Cette opinion est combattue par M. Bourcart. Voir sa communication sur « la provision dans le billet à

On a proposé une autre explication, fondée sur la notion de cause et l'article 1131 du Code civil. L'acceptation donnée par le tiré, a normalement pour cause l'existence d'une provision. En l'absence de provision, le tiré se refuserait à souscrire un tel engagement. Or, dans l'effet de complaisance, l'acceptation est donnée sans que cette cause existe. Le contrat de complaisance est donc nul pour absence de cause, par application de l'article 1131 et les engagements qui en ont pu résulter sont de nul effet.

La théorie de la cause dans les contrats est fort nébuleuse et très discutée par les civilistes modernes. Mais en se plaçant sur le terrain de l'article 1131, il est aisé de répondre que les obligations du tiré et du tireur consignées dans l'effet ne sont point dépourvues de cause: si le tireur s'engage à fournir à l'échéance les fonds au tiré, c'est que celui-ci par son acceptation, lui fournit le moyen de toucher ces fonds en faisant escompter la traite. A l'inverse, l'acceptation du tiré a pour cause l'engagement pris par le tireur de faire les fonds. Dans un contrat synallagmatique les obligations des contractants se servent réciproquement de cause. Même à supposer que le tireur ne se soit pas engagé à faire les fonds, il n'est pas nécessaire que la provi-

ordre », au Congrès des Sociétés savantes. (Comité des travaux historiques. Sciences économiques et sociales, 1901, p. 144.) Cf. Note sous Cass, 24 janvier 1912, S. 1917-1-121.

sion existe pour que l'engagement du tiré accepteur ait une cause. La volonté que le tiré a de s'obliger est, selon l'opinion généralement admise, une cause suffisante de son obligation.

Aussi ce point de vue a-t-il été condamné explicitement par un arrêt de cassation (1) et abandonné par la jurisprudence qui tend aujourd'hui à rechercher le fondement juridique de la nullité dans le caractère frauduleux de l'opération. L'obligation est nulle non plus faute de cause mais parce qu'elle a, dit-on, une cause illicite ou immorale (2). A notre sens, il vaut mieux dire que c'est le but immoral de la traite qui entraîne pareille sanction. Il est, en effet, interdit de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public. C'est la raison pour laquelle la loi attache dans certaines hypothèses une sanction pénale à la mise en circulation d'effets de complaisance. La sanction civile a la même raison d'être: c'est sous l'application de l'article 6 du Code civil que tombera l'effet de complaisance, car il produit des résultats désastreux et immoraux et il constitue, suivant l'expression de M. Thaller, une sorte de « fabrication de fausse monnaie ».

Mais il importe de serrer l'idée d'un peu plus près. Est-il bien vrai de dire qu'en toute hypothèse, le fait de l'acceptation de complaisance présente, en lui-même, ce caractère illicite et frauduleux? C'est

(1) Cass., 23 mars 1908. D., 1908-1-277.

(2) Cass., 10 mars 1915. D., 1916-1-244.

l'opinion de la majorité des auteurs (1). Elle semblait jusqu'à une époque toute récente servir de guide à la jurisprudence.

Il est cependant possible d'imaginer des cas où le but poursuivi par l'accepteur présente un caractère parfaitement légitime. Supposons par exemple qu'un commerçant, momentanément gêné, sollicite une acceptation de complaisance de la part d'un ami ou d'un parent. Ce dernier donne son acceptation, avec l'intention, il est vrai, de ne pas fournir les fonds à l'échéance, mais sans nulle pensée de fraude, prévoyant que le tireur, rapidement revenu à meilleure fortune, sera en mesure de mettre les fonds à sa disposition pour l'échéance. L'hypothèse est assez voisine de celle d'une ouverture de crédit ordinaire, laquelle constitue, nous le savons, une opération pleinement correcte : seulement dans l'ouverture de crédit, le tiré a l'intention, qui fait ici défaut, de s'engager personnellement au besoin.

Mais supposons que les prévisions de l'accepteur complaisant soient trompées. Il n'en est pas moins obligé par sa signature et devra effectuer paiement entre les mains du porteur de bonne foi. En ce cas, où sera la fraude ?

Elle consiste, dit-on, en ce fait que l'on a fausement suggéré au porteur l'existence d'une provision, car l'acceptation suppose la provision aux termes de l'article 117. Cette provision, garantie pré-

(1) V. note Méynial au D., 1887 1-465, note Thaller précitée D. 1897-2-385, note Pic au D., 1898 2-522.

cieuse pour le porteur, va lui manquer, pouvant occasionner ainsi un grave préjudice.

Mais c'est analyser inexactement le jeu des garanties. Nous sommes dans l'hypothèse où la traite a été acceptée par le tiré (c'est cette acceptation qui constitue la « manœuvre » de complaisance). Or, que se passe-t-il en cas d'acceptation ? De deux choses, l'une : ou le tiré est solvable et il paiera — dans ce cas la garantie résultant de la provision est superflue et inutile. Ou bien le tiré est insolvable et il tombe en faillite. Mais l'existence d'une provision, c'est-à-dire d'une créance du tireur contre le tiré cédée au porteur, ne donne aucun droit de préférence au porteur pour l'acquittement de la traite. En cas de faillite du tiré, le porteur devra subir le concours des autres créanciers de la faillite. Ici la soi disant garantie de la provision apparaît comme inefficace (1).

L'on doit conclure que l'erreur sur l'existence de la provision occasionnée chez le tiré, ne lui cause aucun préjudice, ne lui enlève aucune garantie et laisse à sa disposition les seuls moyens dont il eût pu se prévaloir dans l'hypothèse d'une lettre de change normale : 1° l'action contre l'accepteur, et 2° le recours contre le tireur.

(1) En ce sens M. Perroud. Des effets de complaisance. Annales de Dr commercial 1905, p. 8, note 2. Ce n'est qu'à défaut d'acceptation, nous l'avons vu, que la provision devient vraiment une garantie. Mais nous sortons, dès lors, du domaine de l'effet de complaisance.

Est-ce à dire que nous prétendions laver du reproche de fraude tous les effets de complaisance? En aucune manière. Ils restent d'une pratique dangereuse, ils sont la plupart du temps frauduleux. Mais cette fraude ne résulte pas de leur caractère même de complaisance. Elle ressortira de circonstances de fait qui seront, dans chaque espèce, appréciées souverainement par le juge : le mobile qui a fait agir les souscripteurs, les conditions dans lesquelles s'est opérée l'émission de l'effet, en un mot, l'ambiance de la cause, détermineront si l'on est en présence d'un *bon* effet de complaisance qui produira tous les effets d'une lettre de change valable ou d'un *mauvais* effet, entaché de fraude et qui sera frappé de nullité.

Objectera-t-on que cette distinction est incompatible avec la loi? Mais aucun texte de loi n'interdit la mise en circulation d'effets de complaisance. On invoque l'article 585 du Code de commerce dont le troisième alinéa applique les peines de la banqueroute simple au commerçant failli qui s'est livré à des circulations d'effets dans le but de retarder sa faillite. Mais si la loi fait de cette circulation un véritable délit quand elle a pour résultat d'aggraver l'insolvabilité d'un débiteur commerçant, elle ne prononce pas la nullité de l'effet lui-même.

On met aussi en avant l'article 5 de la loi du 24 germinal an XI sur la Banque de France, qui défend à la Banque d'escompter « les effets dits de circulation, créés collusoirement entre les signataires, sans cause ni valeur réelle ». Mais la nullité

de pareils effets n'est et ne pouvait être ici édictée. On est en présence d'une mesure de police intérieure de la grande institution de crédit, ayant pour but de lui éviter des pertes, contestations et procès regrettables. Mais il faut noter que la prohibition édictée ne s'applique qu'aux effets « créés collusoirement » c'est-à-dire dans un but de fraude et de tromperie. Or, nous l'avons vu, tous les effets de complaisance ne sont pas nécessairement « frauduleux et sans cause ». On peut dire que la loi de germinal distingue elle-même entre deux sortes d'effets de complaisance : celui qui est loyal, avec une cause vraie, celui qui est « collusoirement créé » et frauduleux. Donc le texte invoqué à l'encontre de cette distinction, tend plutôt à la fortifier.

La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens que nous indiquons par un arrêt du 17 novembre 1909 (1). Jusque là, le seul fait qu'une traite avait un caractère de complaisance en entraînait, *de plano* la nullité avec des conséquences que nous allons examiner (2). A présent, cette nullité se trouvera, en fait, très fréquemment encourue, car la nouvelle jurisprudence n'a évidemment pas eu pour dessein d'encourager la circulation des valeurs de complaisance ; seulement, il sera nécessaire, pour qu'inter-

(1) D., 1912-1-281. Conclusions de M. l'avocat général Feuilleloy. Note de M. Lacour ; cf. S., 1913-1-297 note de M. Naquet.

(2) Cass. 18 octobre 1886, D., 87-1-340 ; Cass., 8 février 1892, D., 94-1-39 ; Douai, 3 avril 1896, le Droit, 20 juin 1896.

viennent cette sanction, que l'opération présente, indépendamment de son caractère de complaisance, un caractère frauduleux.

Supposons que le caractère frauduleux ait été établi et la nullité prononcée. Quelles en vont être les conséquences?

a) Si le porteur de la traite en a connu le caractère véritable, il n'est pas en droit de réclamer paiement au tiré. Son titre est nul; il en connaissait le vice: il ne peut donc s'en prévaloir.

Par contre, si le porteur a ignoré le caractère illicite de la traite, s'il est de bonne foi, il sera en droit d'exiger paiement de l'effet. Car — c'est un point traditionnellement admis — seules lui sont opposables, les irrégularités de forme: il n'a pas à s'enquérir des causes de la traite. De plus on ne pourrait admettre qu'il vint à souffrir des suites d'une manœuvre précisément dirigée contre lui.

b) Si le tiré accepteur a acquitté le montant de la traite sans avoir reçu les fonds du tireur, a-t-il le droit de recourir contre ce dernier?

Evidemment, il ne peut exercer le recours normal prévu par le droit de change et basé sur la traite, puisque la traite est nulle. Mais, précisément parce que la traite est nulle, son acceptation ne l'engageait point. Il a donc payé l'indû. Ne pourra-t-il exercer la *condictio ob injustam causam* à l'encontre du tireur pour qui il a payé?

La jurisprudence répondait généralement par la négative. Et elle basait cette opinion sur la règle

traditionnelle : *In pari causâ turpitudinis, melior est causa possidentis*. En raison de l'indignité des contractants et de l'illicéité du contrat, on leur refusait une action par laquelle ils eussent dû faire état du caractère frauduleux de leur engagement (1). (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Et l'on poussait parfois la sévérité jusqu'à refuser l'action au tiré, même dans le cas où, du fait de la traite, le tireur, son complice en fraude, aurait retiré quelque profit et se serait ainsi enrichi à ses dépens. Cette doctrine extrême, défendue par M. Pic (2), a été adoptée par quelques arrêts.

Elle n'est pourtant fondée que sur une vieille théorie romaine dont la grosse majorité de la doctrine estime qu'elle n'est pas passée dans notre droit. On l'a combattue à juste titre et elle a été abandonnée par les plus récents arrêts (3).

Mais, en dehors du cas d'enrichissement, si l'on continue à refuser au tiré qui a payé un recours contre le tireur, il ne doit pas en être de même lorsque, le tiré étant tombé en faillite, c'est la masse des créanciers qui a payé le porteur. Ces créanciers du

(1) Thaller, note précitée, sous Lyon 30 mars 1897. D., 97-2-385.

(2) Note sous T. Com., du Havre, 8 juin 1896, D., 98-2-553 ; Cf., Paris, 16 novembre 1888, D., 89-2-253 ; Cass., 8 juin 1891, D., 92-1-336 ; Nancy, 2 janvier 1893, D., 94-2-172. M. Thaller admet, au contraire l'action d'enrichissement sans cause.

(3) Amiens, 9 janvier 1903, D., 04-2-449, note Raynal, Cass., 21 mars 1910, D., 1912-1-281.

tiré sont des tiers ; ils n'ont point trempé dans l'opération frauduleuse, ils ne sont donc point paralysés dans l'exercice de l'action, et pourront valablement recourir pour paiement de l'indû contre le tireur coupable de fraude (1).

Supposons maintenant, hypothèse permise par les derniers arrêts et qui n'avait point été envisagée jusqu'ici, que l'effet de complaisance n'ait pas été jugé frauduleux. Il produira toutes les conséquences juridiques d'un titre valable. Le porteur, même s'il a connu le caractère de complaisance de l'effet, sera en droit d'en réclamer paiement au tiré (2) et l'on doit admettre que le tiré pourra exercer sans entraves le recours que la traite lui ménage contre le tireur qui ne l'aurait point garni de la provision.

Tel est l'état actuel de la jurisprudence. Faut-il s'en tenir là ? On peut observer que la détermination du caractère frauduleux ou non frauduleux des effets de complaisance entraînera à des appréciations difficiles et donnera naissance à bien des contestations (3).

D'autre part, on a mis en doute la légitimité de l'application de l'article 6 du Code civil en notre matière. Cet article pose un principe général qui

(1) Le Havre, 8 juin 1896, note précitée.

(2) Cass., 17 nov. 1909, D., 1912 1-281.

(3) M. Perroud, dans son étude précitée, évite cet écueil, qui tient à la recherche des intentions, en proposant une discrimination fondée sur un pur fait : le porteur a-t-il connu ou non la convention de complaisance ? Il ne s'agit plus ici de fraude et de bonne foi. M. Perroud applique à

reçoit application particulière en matières d'obligations dans l'article 1131. Or, nous avons écarté cet article, car les effets de complaisance sont inattaquables sur le terrain de la cause. L'article 6 se trouve, par le fait même, mis de côté (1).

On peut également faire remarquer que l'article 6 n'annule pas les conventions « contraires à l'ordre public » en général, mais, plus étroitement, celles qui dérogent « aux lois qui intéressent l'ordre public » c'est-à-dire celles qui violent un texte positif et précis fondé sur une idée d'ordre public. Or, de texte précis, nous l'avons vu, il n'y en a point en notre matière.

Enfin, même en ne s'arrêtant pas à ces distinctions un peu subtiles, on peut se poser nettement la question : l'effet de complaisance porte-t-il vraiment atteinte à l'idée générale d'ordre public ? Il est permis d'en douter, lorsque l'on voit des législations parfaitement soucieuses des nécessités du commerce et du crédit, telles que les lois anglaise et allemande, valider de tels effets.

Il n'y aurait donc aucune objection juridique sé-

l'effet de complaisance, la théorie des contre-lettres. La convention apparente, c'est la lettre de change ; quant à la convention de complaisance qui lui a effectivement donné naissance, c'est une contre-lettre. La contre-lettre est opposable à ceux qui l'ont connue. Si le porteur a su que l'effet était de complaisance, la contre-lettre s'opposera donc à son action.

(1) En ce sens, Wahl note sous Paris 4 janvier 1899 S., 1902-2-201.

rieuse à admettre en principe la validité de tous les effets de complaisance. Cela simplifierait la tâche du juge, sans nuire pourtant le moins du monde à l'équité. La notion d'enrichissement sans cause, que nous avons déjà vu jouer dans le système actuel, permettrait en effet de paralyser immédiatement toute action née de la traite qui tendrait à procurer un avantage indû à l'un quelconque des souscripteurs. Certains auteurs présentent ce système, inspiré des législations étrangères, comme supérieur au nôtre et souhaitent de le voir adopter au cours de la revision prochaine de la réglementation cambiaire française (1).

2° *Sanctions pénales.* — En dehors de la nullité que nous venons d'examiner, les effets de complaisance tombent sous le coup de certaines sanctions d'ordre pénal. Ces sanctions sont, à coup sûr, les plus efficaces. C'est sur leur terrain qu'il faut développer et renforcer l'action de la loi. La répression pénale suffit amplement, dans les législations qui ne prononcent pas la nullité, à borner l'emploi et à réprimer les abus de l'effet de complaisance.

a) En cas de faillite, la circulation d'effets de complaisance est directement prévue et punie par la loi, lorsqu'elle est le fait d'un commerçant qui, avant la faillite et pour la retarder, a usé de ce moyen ruineux de se procurer des fonds. Aux termes de l'article 585, 3° du Code de commerce, le

(1) V. M. Lacour, note précitée D., 1912-1-281.

tireur d'effets de complaisance encourra, en pareil cas, les peines de la banqueroute simple. L'article 586, alinéa premier, applique la même sanction à celui qui a contracté pour le compte d'autrui, sans en recevoir de valeurs en échange, des engagements trop considérables en égard de sa situation. Cela permet de poursuivre, non seulement le fait *d'émettre* mais encore le fait *d'accepter* une valeur de complaisance. Le tiré-accepteur tombe, lui aussi, sous le coup de la loi.

b) Le cas de la faillite est évidemment le plus fréquent et le plus pratique. Mais il importe que l'on puisse sanctionner pénalement des opérations illicites, même lorsqu'elles sont révélées en dehors de l'hypothèse d'une faillite déclarée. La jurisprudence est parvenue à ce résultat en appliquant à l'émission frauduleuse de valeurs fictives les peines de l'escroquerie (article 405 du Code pénal).

A quelles conditions ces peines sont-elles applicables? Le délit d'escroquerie comporte, on le sait, trois éléments: 1° l'intention de s'approprier le bien d'autrui; 2° le fait matériel, constitué par la délivrance des fonds; 3° un fait accessoire: l'emploi de manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises... ou d'un crédit imaginaire.

Ecartons les hypothèses où l'article 405 est inapplicable.

Dans le fait de présenter à l'escompte une traite simplement démunie de provision, il n'y a sûrement pas escroquerie, puisque la provision n'est due qu'à

l'échéance. Il en est ainsi même si les circonstances n'ont pas permis, dans la suite, de faire cette provision avant l'échéance.

On ne saurait non plus relever le délit dans le cas d'émission et de présentation à l'escompte d'une traite de complaisance, lorsqu'il n'est sûrement pas entré dans l'intention des parties de s'approprier le bien d'autrui. C'est le cas de ce que nous avons appelé les « bons » effets de complaisance, dont le but est, sans nuire à personne, d'accorder du crédit à un commerçant momentanément gêné. Le mobile en est non seulement licite, mais même parfaitement moral : l'on a pu dire que de telles traites constituaient parfois des « effets de bienfaisance » (1). Elles ne peuvent, faute d'intention frauduleuse, tomber sous le coup de la loi.

Mais lorsque, l'escompte ayant été réalisé, l'intention frauduleuse est établie, les deux premiers éléments du délit d'escroquerie se trouvent réunis. Les simples allégations mensongères qui ont provoqué le versement des fonds ne sont point, suivant la doctrine et la jurisprudence, suffisantes à constituer la manœuvre frauduleuse qui est, nous l'avons vu, le troisième élément du délit. Il faut encore que le mensonge qui est à la base de l'escroquerie soit rendu vraisemblable par un fait extérieur : intervention d'un tiers, mise en scène ou supercherie matérielle, qui vient à son appui. Ainsi il

(1) V. conclusions de l'avocat général Feuilloley, sous les arrêts précités. D., 1912-1-281.

y a manœuvres frauduleuses dans le cas où le tireur fait accepter la traite par un insolvable qui est l'homonyme de quelque commerçant honorablement connu et ajoute à la signature l'adresse de ce commerçant pour faciliter la confusion. Manœuvre aussi, lorsqu'un tiers vient affirmer l'existence d'une affaire réelle entre le tireur et le tiré.

Mais bien rarement de telles manœuvres seront accomplies et le plus souvent l'emploi frauduleux de l'escompte échapperait à toute sanction. Aussi, pour éviter un tel résultat la jurisprudence a-t-elle élargi hardiment la notion de manœuvre frauduleuse. Le seul fait de la présentation de la traite à l'escompte, dit un arrêt du 4 nov. 1897 (1) suffit à constituer la manœuvre. Il semble à première vue que ce soit là forcer le sens des termes. En effet, la remise des fonds dans le cas d'une traite de complaisance, ne peut s'effectuer que par voie d'escompte. Elle est donc inséparable de la présentation à l'escompte; on ne concevrait pas cette remise, sans présentation de la traite. La présentation est donc englobée dans le fait principal de remise des fonds. Pour que le délit soit établi, il faut en outre des manœuvres concourantes pour provoquer le succès de cette présentation et le bon accueil de l'escompteur.

L'arrêt se base sur une analyse différente des faits. Dans l'intention de s'appropriier le bien d'autrui, le tireur s'est présenté et: 1° il a obtenu une somme de l'escompteur (délivrance des fonds); 2°

(1) Cassation, D. 98-1-337, S. 98-1-424.

en se prétendant faussement créancier de débiteurs imaginaires (allégations mensongères) ; 3° et en appuyant ce mensonge par la présentation de traites (1) (manœuvres frauduleuses). Les trois éléments du délit d'escroquerie se trouvent donc réunis.

Ce raisonnement est peut-être un peu subtil, mais il paraît suffisamment fondé en droit et permet de faire tomber sous le coup de la loi un fait dont le caractère délictueux ne laisse point de doute.

A l'égard de la victime de l'escroquerie, l'existence de cette sanction pénale entraîne un avantage. En dehors de l'action résultant de la traite, elle peut exercer contre l'escroc et son complice l'action en dommages-intérêts qui, en vertu de l'article 63 du Code d'instruction criminelle, est la conséquence de tout délit.

§ 3. — *De la provision partielle*

L'article 116 du Code de commerce, auquel il faut se reporter pour avoir une définition légale de la provision, exige que la créance qui la constitue soit au moins égale au montant de la lettre de change. Il suit de là que, si la provision est insuffisante, elle ne répondra pas aux termes de la loi : le tireur ne pourrait s'en prévaloir pour repousser un recours tardif ou irrégulier du porteur, car, dans la mesure

(1) Dans l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt, plusieurs traites avaient été présentées, accompagnées d'un bordereau récapitulatif.

où la provision est insuffisante, le tireur s'enrichirait indûment, à l'abri de son exception.

Mais la jurisprudence assimile une provision partielle à une provision intégrale, en ce qui concerne les droits qu'elle reconnaît au porteur sur la provision. Dans la mesure où la créance existera, le porteur jouira donc de ce privilège. Certains auteurs, tout en acceptant le principe des droits du porteur, en général, font des réserves au sujet de la provision partielle. Légalement, en effet, la provision partielle n'est pas une véritable provision. On doit la considérer comme non avenue et les droits du porteur ne peuvent s'exercer sur elle (1). Mais on a répondu que, la théorie des droits du porteur étant d'origine exclusivement jurisprudentielle et s'étant développée entièrement en dehors de la loi, l'article 116 ne saurait s'y appliquer d'une façon rigoureuse. L'opinion à laquelle nous nous sommes ralliés et qui dénie en principe au porteur tout privilège sur la provision, nous dispense de prendre parti en ce débat.

Lorsque la provision est insuffisante, le tiré n'est pas tenu d'accepter (2) (article 124 du C. de commerce), ni de payer la traite, même partiellement. Le Code prévoit, il est vrai, une acceptation et un paiement partiels, mais le tiré a simplement faculté

(1) V. Paris, 30 novembre 1892, D., 92-2-94 ; Cass., 15 mars 1905. D. 05-1-377. note Lacour.

(2) V. Cass., 6 mars 1837. Dalloz, Répertoire pratique. V^o lettre de change, n^o 184.

d'y procéder sans que le porteur soit en droit de l'y contraindre.

§ 4. — *Du concours de plusieurs traites, en cas d'insuffisance de la provision*

Plusieurs traites ont été tirées sur une personne qui n'a pas provision suffisante pour les payer toutes. Dans quel ordre les porteurs devront-ils être payés?

Si l'on admet le système de la jurisprudence en vertu duquel l'endossement emporte cession de créance avec dispense des formalités de l'article 1690 du Code civil, il faudrait logiquement conclure que les porteurs seront payés dans l'ordre même où les traites ont été émises et ce, sans considération particulière des traites acceptées ou de celles à qui la provision a été spécialement affectée. En effet, la première traite émise a, dès l'endossement, créé des droits à son preneur sur la provision. Les porteurs d'effets postérieurement émis ne pourront faire valoir de droits que sur ce qui subsiste entre les mains du tiré, une fois la première traite acquittée. De même, les conventions spéciales survenues postérieurement à l'émission de la première traite et relatives aux autres traites, ne sauraient nuire aux droits déjà acquis au porteur du premier effet.

Dans le système de la délégation, soutenu par M. Thaller, l'acceptation du tiré est, nous l'avons vu, nécessaire pour créer au porteur des droits défini-

tifs sur la provision. Dès lors, les traites *acceptées* devront être acquittées les premières. Parmi les autres, on devra donner la préférence à celles qui font l'objet d'une affectation spéciale. La convention des parties est maîtresse de créer cette préférence, puisque dans ce système, seules les traites acceptées créent un droit direct à leur porteur. Enfin, logiquement, les traites stipulées non acceptables seront admises en dernier lieu.

Sans adopter le principe de la transmission de la provision au porteur, nous sommes conduits à des solutions analogues. Le porteur n'a d'autre droit que celui de réclamer paiement. Le tiré acquittera d'abord les traites pour lesquelles il s'est directement engagé par son acceptation ; il ne saurait, en effet, en acquittant préalablement d'autres traites, courir le risque d'être contraint de payer de ses deniers les traites acceptées. Seront ensuite désintéressés les porteurs des traites pour lesquelles une convention d'affectation spéciale aura été conclue et enfin les porteurs de traites ordinaires en suivant l'ordre des échéances (et non au marc le franc, car un tel paiement constituerait un paiement partiel pour chaque traite et le tiré ne peut être contraint d'y procéder). On ne doit pas distinguer entre les traites stipulées « non acceptables » et les autres. La clause de non-acceptation, qui s'explique par des raisons économiques définies, régit uniquement l'acceptation et ne saurait se répercuter sur l'ordre des paiements.

La jurisprudence, infidèle peut-être à la logique

de sa construction, mais guidée par des raisons d'équité, admet elle-même une hiérarchie parmi les traites : en général les traites à affectation spéciale auront la préférence, puis les traites acceptées, enfin viendront les traites ordinaires, dans l'ordre de leur présentation (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* IV n° 186. La loi belge a réglé le concours des porteurs en termes explicites, dans son article 20 : « Si plusieurs lettres de change ont été émises, par le même tireur, sur la même personne et qu'il n'existe entre les mains du tiré qu'une provision insuffisante pour les acquitter toutes, elles sont payées de la manière suivante : Si la provision est d'un corps certain et déterminé... 1° traites avec affectation spéciale ; 2° traites acceptées ; 3° autre traites. Si la provision est fournie en choses fongibles : 1° traites acceptées ; 2° traites non acceptées. En cas de concours de plusieurs traites non acceptées, elles sont payées au marc le franc,

CHAPITRE IV

DE LA PREUVE DE LA PROVISION

La question de la preuve de la provision se pose en plusieurs occasions. Elle peut intervenir dans les rapports du tireur avec le porteur de la traite qui s'est montré négligent : s'il n'est pas établi que la provision existait à l'échéance, ce dernier conservera le droit de recourir contre le tireur. De même, dans les rapports du tireur et du tiré : le tiré n'a pas payé la traite et le tireur a dû l'acquitter lui-même. Il pourra recourir contre le tiré et, si l'existence de la provision est prouvée, obtenir restitution du prix payé, sans préjudice des dommages-intérêts pour inexécution du mandat. Ou bien, c'est le tiré qui a payé la traite, mais prétend n'avoir pas eu provision et réclame remboursement au tireur. S'il est prouvé que la provision a été fournie, celui-ci n'aura pas à effectuer le remboursement demandé. Quant aux endosseurs, ils n'ont jamais à faire la preuve de l'existence de la provision contre le porteur négligent, car celui-ci est déchu de son recours contre eux, même si la provision n'a pas été faite (art. 168 du Code de commerce).

§ 1. — *A qui incombe la charge de la preuve*

a) Dans les rapports du porteur négligent et du tireur, c'est le droit commun qui s'applique. Le tireur se prétend libéré: à lui de prouver le fait de la provision, qui a déterminé sa libération. Cette solution résulterait suffisamment de l'article 1315 du Code civil, elle est pourtant rapportée explicitement au troisième alinéa de l'article 117 du Code de commerce, qui constitue une disposition inutile. L'article 170, 1^o du même Code réclame en effet, pour mettre le tireur hors de cause, que celui-ci « *justifie* qu'il y avait provision ». C'est donc au tireur de faire la preuve.

b) Dans les rapports du tireur et du tiré, le droit commun conduirait à mettre la preuve de la provision à la charge du tireur. En effet, c'est au mandant d'établir qu'il a fourni au mandataire les moyens d'accomplir le mandat confié. C'est bien le droit commun qui s'applique lorsque le tiré n'a pas accepté la traite. Dans ce cas, si, l'ayant payée, il se retourne contre le tireur, ce dernier devra prouver que la provision a été fournie. Si la traite n'a pas été payée, *a fortiori* le porteur devra-t-il, pour poursuivre le remboursement à l'encontre du tiré, appuyer son action de la preuve que la provision existait à l'échéance.

Mais dans le cas où la traite a été acceptée par le tiré, l'article 117, alinéa 1 du Code de commerce éta-

blit, contrairement au droit commun du mandat et à la simple équité, une présomption qui met la preuve à la charge du tiré. « L'acceptation, dit cet article, suppose la provision ». Cette disposition, vestige d'un état ancien du droit de la lettre de change, n'a probablement été maintenue que par inadvertance dans le Code (1). Certains auteurs ont tenté de l'éluder : à les entendre, l'alinéa premier de l'article 117 viserait exclusivement le cas où c'est le porteur de la lettre de change qui agit contre l'accepteur. Sans doute, cette disposition est-elle inutile, puisque le tiré, qu'il y ait ou non provision, est directement lié par son acceptation. Mais, disent ces auteurs, on ne peut admettre que l'article 117 ait pu établir, de manière aussi ambiguë, une dérogation si considérable au droit des contrats, dérogation que nulle considération pratique ne vient justifier (2).

Malgré les inconvénients que comporte le texte, la majorité de la doctrine et la jurisprudence sont actuellement d'accord pour reconnaître qu'il s'applique, bien certainement, aux relations du tireur et du tiré. En effet, appliqué aux rapports du porteur et du tiré, l'article 117 alinéa premier, n'aurait point de sens, puisqu'il tendrait à dispenser le porteur d'une preuve qu'il n'a pas à faire, son droit étant indépendant de l'existence ou de l'absence de la provision.

(1) V. Locré. Esprit du Code de Commerce, p. 381.

(2) En ce sens, Bedarride, Alauzet, Locré, M. Huvelin.

Mais, à côté de cet argument *per absurdum*, la comparaison des deux premiers alinéas de l'article 117 en fournit un autre, plus convaincant : alors que le premier alinéa établit une présomption *juris tantum*, le deuxième alinéa établit une présomption plus forte, une présomption *juris et de jure*, n'admettant pas la preuve contraire : « Elle (l'acceptation) en établit la *preuve* (de la provision) » Or, à quels rapports s'applique ce deuxième alinéa ? Aux rapports de l'accepteur avec les endosseurs et par conséquent avec le porteur. Et il établit que, vis-à-vis du porteur, l'accepteur n'est pas admis à prouver l'inexistence de la provision. Or, si l'on appliquait à ces mêmes rapports les termes de l'alinéa premier, cette preuve de l'inexistence de la provision serait possible. On est donc amené à conclure, sous peine de mettre la loi en contradiction formelle avec elle-même, que c'est dans les rapports de tireur à tiré que la présomption s'applique (1).

En conséquence, si le tiré qui a accepté la traite et payé se retourne contre le tireur, ce sera à lui, tiré, qu'incombera la charge de prouver qu'il n'y avait pas provision entre ses mains. Et il faut bien admettre aussi que, si le tireur actionne le tiré-accepteur qui n'a point fourni paiement de la traite, la présomption jouera encore et que pour repousser l'action, le tiré devra prouver que provision n'a pas été faite.

(1) Cass., 13 mars 1889 ; D., 1890-1-249.

§ 2. — *Modes de preuve*

Le plus souvent, la dette du tiré envers le tireur, constituant la provision, sera commerciale : dès lors, tous modes de preuve seront admis. Faut-il étendre cette solution à tous les autres cas ? Oui, selon certains auteurs (1) et une des rares décisions de jurisprudence rendues en la matière (2) qui invoquent le caractère essentiellement commercial de la lettre de change.

Il nous paraît plus juridique de soumettre la preuve de la provision, créance existant en dehors de la traite, aux règles qui résultent de sa nature originaire. Si donc c'est une créance civile, les modes de preuve du Code civil pourront seuls être employés (3).

(1) Bédarride, *op. cit.*, T. I. n° 57 ; Dalloz. V° Effets de de commerce n° 256

(2) Cass., 3 déc. 1806. Rep. Dalloz v° cit., p. 155.

(3) Bruxelles, 29 février 1808, S. 1814 2 146. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* IV, n° 171.

CHAPITRE V

EXAMEN DES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Le rôle de la lettre de change est international par essence ; elle a été créée pour pallier les inconvénients que créait, d'un lieu à un autre la diversité des monnaies, à une époque où la souveraineté était fractionnée entre un très grand nombre de seigneurs ; elle est, à l'heure actuelle, un puissant instrument de règlement pour les opérations du commerce extérieur. Il semblerait donc qu'en cette matière, les dispositions des diverses législations dussent être fort peu différentes les unes des autres et tendissent à se confondre en une réglementation à peu près uniforme. En réalité, il en va tout autrement. Le droit de change est un des plus divisés et des plus tranchés qui soient. Lentement développé depuis ses origines historiques, il a contracté dans chaque pays des formes particulières dues, soit à la survivance de certaines institutions anciennes, soit à l'influence de conceptions juridiques émanées de la doctrine, soit inversement à l'action prédominante de la pratique et des usages commerciaux.

Cette législation très variée peut se ramener à trois formes générales : le système français, l'anglais et l'allemand. Ayant déjà exposé le premier, il nous suffira d'indiquer les législations étrangères qui l'ont adopté. Nous examinerons ensuite successivement les deux autres.

§ 1. — *Législations ayant adopté le système français*

Tout en reconnaissant la nécessité de donner à la lettre de change une physionomie plus en rapport avec les besoins nouveaux du commerce, ces législations n'ont point rompu complètement avec l'ancienne théorie. On a voulu que l'effet put servir à la fois, suivant la convenance des parties, d'instrument de change et d'instrument de crédit.

Le Code espagnol de 1885 a adopté les règles françaises relatives à la provision. Les lois belges du 20 mai 1872 et du 9 juillet 1877 les ont même étendues : l'épineuse question des droits du porteur a été tranchée par un texte formel, l'article 6 de la loi du 20 mai 1872 : « Le porteur a, vis-à-vis des créanciers du tireur, un droit exclusif à la provision qui existe entre les mains du tiré lors de l'exigibilité de la traite ». La Cour de cassation belge se refusait jusque-là à reconnaître au porteur des droits spéciaux sur la provision. Le texte règle en outre l'ordre suivant lequel doivent être payés les divers porteurs de traites, lorsque la provision est

insuffisante. Nous avons déjà indiqué les solutions qu'il fournit.

Le Luxembourg, la Grèce, le Code mixte égyptien, la Turquie, le Chili, le Guatemala, la Colombie, le Nicaragua, l'Equateur et le Mexique ont adopté la théorie traditionnelle du Code français; la Hollande de même, mais, à l'inverse de la loi belge, le Code hollandais dénie au porteur, par un texte exprès, tout droit sur la provision.

§ 2. — *Législation allemande*

Le droit de change allemand a été fixé par l'Ordonnance sur le change (*Wechselordnung*) de 1848; ce texte a été complété et interprété à diverses reprises, il est devenu loi fédérale le 5 juin 1869 et loi d'Empire en 1871.

On a coutume d'attribuer la paternité de cette loi au jurisconsulte Einert dont l'ouvrage, paru en 1839, établit une théorie complète de la lettre de change, la présentant commé un acte abstrait, qui contient engagement du tiré par la seule vertu de la volonté de celui-ci. En réalité, la loi allemande prend sa source dans un mouvement de doctrine et de pratique beaucoup plus ancien, dont on peut fixer l'origine vers le milieu du ^{xvii}^e siècle, époque à laquelle, nous l'avons vu, l'apparition de la clause à ordre tendit à donner à la lettre de change un rôle tout nouveau d'organe de crédit. C'est en effet à ce titre exclusif d'instrument de crédit et de paiement

que la lettre de change est envisagée par la *Wechselordnung* de 1848. Pour assurer, en tout état de cause, la solidité du titre, la loi allemande entoure son émission de formalités rigoureuses et complètes; ces formalités sont-elles omises, la lettre de change sera nulle. Mais, si elles sont remplies, l'effet aura une valeur absolue, sans considération d'aucune des circonstances qui lui ont donné naissance. L'obligation de change, désormais incorporée dans le titre, vaudra par la vertu de l'écrit; elle est complètement séparée de sa cause juridique. Les souscripteurs et les obligés seront liés dans la mesure même où le titre l'implique, sans avoir à se poser d'autre question que celle de sa validité intrinsèque; ils seront dispensés de toute recherche à l'extérieur de la traite. Suivant l'expression de M. Thaller, on ne se préoccupe pas des dessous. Nous sommes en présence d'un acte abstrait.

Quelle interprétation juridique en donne-t-on? Comment la doctrine allemande soutient-elle ce système? C'est ici que reparaît la théorie d'Einert; il voit dans la lettre de change une sorte d'acte solennel, analogue à ces contrats primitifs du droit romain qui puisaient leur vertu dans l'observation d'un formalisme rigoureux et dont la *stipulatio* est demeurée le type. « La stipulation tenait dans une formule parlée. L'effet de commerce moderne tient dans une formule écrite » (1). Selon cette théorie, la lettre de change est un véritable papier-monnaie;

(1) Thaller. *Annales de droit commercial*, 1906, p. 13.

le titre n'est pas un simple instrument de preuve; il est « porteur de la promesse » de paiement: tout repose sur lui.

Quant au lien d'obligation cambiaire il provient, non pas d'un contrat, c'est-à-dire d'un rapport juridique bilatéral, mais d'une promesse unilatérale du souscripteur, adressée par avance au public dans les rangs duquel se recruteront les porteurs de l'effet. « On part de l'idée que, pour la naissance de l'obligation, un contrat n'est pas nécessaire, que l'obligation de change est parfaite par la confection de l'écrit, que c'est seulement pour son efficacité que le papier doit tomber aux mains d'un autre que le débiteur; que le droit issu de l'effet se fonde sur un acte unilatéral du débiteur » (1).

En réalité, cette doctrine n'est qu'une interprétation personnelle: elle est bien loin d'être, en Allemagne, adoptée par tous les auteurs. On tend à abandonner la théorie de la lettre de change-papier monnaie, fruit d'une assimilation bien hasardeuse entre le rôle du tireur et celui d'une banque d'émission et qui présentait, entre autres défauts, celui de laisser sans explication l'obligation de garantie solidaire qui incombe aux souscripteurs d'un même effet (2). Il est certain que la *Wechselordnung* n'a point fait sienne cette théorie.

Il faut noter d'autre part qu'un grand nombre

(1) Grünhut. Wechselrecht, 1897. Collection Binding, tome I, p. 269.

(2) Grünhut. Wechselrecht I, p. 248.

d'auteurs combattent la théorie de l'engagement unilatéral. A la suite de Thöl (1), ils voient l'origine du lien cambiaire dans un contrat, une promesse d'argent qui lie le tireur envers le premier preneur et, par le jeu de l'endossement, envers les porteurs successifs.

Mais — c'est le point important — quelle que soit l'opération qui soit à sa base, acte unilatéral ou contrat, tout lien est tranché par l'ordonnance entre cette opération et la lettre de change. Le droit de change allemand laisse en conséquence la provision en dehors de ses prescriptions. Le porteur a droit à l'accomplissement de la promesse du tireur, mais à rien d'autre : il ne saurait se prévaloir d'une créance antérieure à la traite et qui n'a pas été conservée en elle.

Néanmoins, cette créance n'a pas disparu. Elle reste seulement en dehors du droit de change. De sorte que la notion de provision reparaît, mais dans le domaine du droit civil, comme application de la théorie générale de la cause. La *Wechselordnung* elle-même en tient compte dans son article 83 : si le porteur a laissé prescrire la lettre de change ou se trouve déchu des droits qu'elle confère, en raison de l'omission de certaines formalités, il pourra néanmoins recourir contre le tiré-accepteur, non plus en vertu de la traite, qui désormais demeure sans vigueur, mais en raison de l'enrichissement

(1) Thöl. Entwurf einer Wechselordnung für Mecklenburg ; Rostock, 1847.

indû que la prescription ou la déchéance ont procuré au tiré et dans la mesure de cet enrichissement.

D'autre part, entre tireur et tiré, le contrat primitif subsiste: si le tiré a acquitté la traite sans qu'il y ait provision, il a un recours contre le tireur, non pas en raison de la traite, mais en raison du contrat de mandat qui, sur le terrain du droit civil, le lie au tireur et qu'il a exécuté en acquittant la traite.

Si, à l'inverse, le tiré, débiteur du tireur, s'est néanmoins refusé à payer la traite, le tireur aura contre lui l'action directe de mandat, qui tendra à la restitution de la provision, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts.

Enfin supposons que le tiré ait accepté la traite, sans être débiteur du tireur; il est lié en raison de la traite et pourra être poursuivi par le porteur; mais si c'est le tireur lui-même qui le poursuit, il pourra opposer à ce dernier l'exception de dol, en prouvant qu'il n'y a pas eu provision.

Nous constatons ainsi qu'en dépit de conceptions juridiques nettement opposées, la plupart des solutions de notre droit français, se retrouvent en droit allemand, mais, au lieu d'être, comme chez nous, déterminées par le droit de change, elles sont laissées à l'empire du droit commun: les mêmes actions s'y rencontrent sous des noms différents.

La seule différence essentielle entre droit français et droit allemand, tient donc à la non-transmissibilité de la provision. En droit allemand, le por-

teur ne peut invoquer le bénéfice des garanties et sûretés attachées à la créance originaire. En outre, si le tireur vient à tomber en faillite, la provision n'ayant pas cessé de faire partie de l'actif du failli, le porteur non payé viendra en concours avec les autres créanciers de la faillite.

Quant aux effets de complaisance, ils sont valables en principe. Mais s'ils sont entachés de fraude, ils tombent sous le coup de sanctions pénales. D'après la plus récente jurisprudence, cette solution semble bien, nous l'avons vu, devoir être celle du droit français.

La *Wechselordnung* a été adoptée sans modifications par l'Autriche et la Finlande (1858), la Hongrie, y compris la Croatie et la Slavonie (1874), les trois royaumes scandinaves (1880), la Suisse (1881), la Bosnie et l'Herzégovine (1883), l'Islande (1887), la Bulgarie (1897). D'autres Etats s'en sont inspirés sous le bénéfice de certaines modifications, mais ils excluent également du droit de change la notion de provision. Ce sont : le Portugal (1878), l'Italie (1882), la Roumaine (1886), le Japon (1890), la Russie et le Pérou (1902), le Vénézuëla (1904) et le Brésil (1908).

§ 3. — *Législation anglaise*

A la différence de ce qui s'est passé en Allemagne, où le droit de change semble avoir pris sa forme définitive sous l'influence prédominante de théories doctrinales, le droit du change en Angle-

terre s'est développé constamment sous l'action de la pratique. C'est à partir du XVIII^e siècle, en raison des nécessités de circulation ressenties par les banquiers et exposées par les économistes, que des usages commerciaux se sont introduits, différenciant peu à peu la réglementation britannique des pratiques traditionnelles du change qui, jusqu'à cette époque, avaient en quelque sorte formé le droit commun du continent.

Le droit anglais, tel qu'il a été fixé par la loi de 1882, se ressent de cette origine. Par ses principes et ses tendances, il s'oppose nettement au droit allemand, construction formaliste et tout d'une pièce. On y rencontre un système d'accommodements qui est la codification d'une longue et abondante expérience commerciale. Le droit anglais répudie d'une part la théorie de l'acte abstrait, chère à la doctrine allemande; mais ce n'est point pour adopter, d'autre part, la théorie de la provision, qui est considérée comme l'ossature du système français. Les Anglais furent en effet, de bonne heure, amenés à assouplir leur réglementation. Chez eux, l'utilité principale de la lettre de change fut de suppléer, pour le règlement des échanges, à l'insuffisance de la monnaie. Néanmoins, on n'a jamais admis qu'elle fut assimilée à un papier-monnaie. La lettre de change reste la preuve d'une transaction réelle. Le droit anglais a considérablement développé la notion de cause et il ne l'a pas abandonnée en cette matière. Il faut donc que la lettre de change soit causée. Et cette cause doit être une de celles que le

droit commun réclame pour la validité des contrats « simples » (1) : c'est-à-dire une contre-prestation. Dans les contrats simples, en effet, l'intention libérale n'est pas une cause suffisante : il faut donc que la lettre de change ait pour origine une convention à titre onéreux. Mais si la lettre de change n'est pas séparée de sa cause, le lien qui l'y rattache n'en est pas moins fort relâché. Tandis que, de droit commun, la preuve de la cause est requise pour la validité des contrats, en matière de change, la loi de 1882 (article 30) présume l'existence de la cause, de sorte que le demandeur en paiement n'a pas à justifier d'une cause ayant donné naissance à la lettre de change dont il est porteur. Les effets de complaisance (*accommodation bills*) sont valables, en ce sens que les porteurs de pareils effets qui les ont acquis à titre onéreux, ont le droit d'en réclamer le paiement, même s'ils en ont connu le caractère de complaisance, car, à leur égard, le contrat n'est point sans cause.

Seulement en pareil cas, des recours seront ouverts contre celui des souscripteurs de l'effet qui aurait tiré indûment profit de la négociation (action « *for money paid* »). D'autre part, la loi annule, non pas en raison du vice de complaisance, mais pour illicéité de la cause, les lettres de change qui seraient émises dans un but immoral ou contraire à l'ordre public.

(1) Ces contrats forment le droit commun, on les distingue des contrats solennels et de ceux qui résultent d'un jugement ou d'un cautionnement.

Mais le droit anglais n'étend pas plus loin les applications de la théorie de la cause. La loi n'y a pas édicté de réglementation générale de la provision. Le porteur n'a, pas plus ici qu'en droit allemand, de privilège à faire valoir sur elle: il n'y a pas transmission de créance par voie d'endossement. Dans une hypothèse fort importante, le sort de la provision est cependant réglé, non par la loi sur le change, mais par la loi des faillites. En cas de faillite simultanée du tireur et du tiré-accepteur s'il y a des sommes (ou seulement des marchandises ou effets) affectées à la traite, le porteur de la lettre de change a sur elles un droit de préférence.

Cette législation anglaise, très libérale dans l'ensemble de ses dispositions, moins rigoureusement logique, peut-être, que la loi allemande, ne conserve donc d'application à la notion de la cause que pour régler l'exercice des exceptions et des recours. Sans aller jusqu'à faire de la lettre de change un titre absolument décharné et abstrait, elle a su la rendre suffisamment indépendante de son origine pour en assurer la circulation avec le maximum d'aisance et de sécurité (1).

En Ecosse, l'usage anciennement établi de la transmission de la provision au porteur a été respecté par la loi de 1882: on considère que l'endossement de la traite opère cession de créance.

Le droit anglais, étendu progressivement à pres-

(1) Consulter : Barclay et Dainville. Les effets de commerce dans le droit anglais.

que toutes les colonies anglaises, a été adopté entre 1897 et 1907 par les trente-deux Etats de l'Union américaine, sous la forme d'un texte élaboré d'abord pour certains Etats de l'Est: le *Negotiable Instrument Act*. Il s'étend à l'heure actuelle, à trois cinquièmes à peu près des législations du globe.

CHAPITRE VI

CONFLITS DES LOIS

Les relations commerciales étant fort développées entre pays de législations différentes, le problème de la loi à appliquer se pose fréquemment en droit commercial. Le domaine de la lettre de change est un de ceux où s'élèvent le plus souvent ces questions de droit international; une lettre de change peut être tirée sur l'étranger et endossée, avant l'arrivée de l'échéance, dans plusieurs pays différents. Relativement à la provision, il sera fort nécessaire de pouvoir fixer à coup sûr la loi applicable; car, nous l'avons vu, les droits du porteur sont très diversement réglés suivant les législations.

Plusieurs questions peuvent se poser: le tireur est-il obligé de faire provision? Quelle est la sanction de cette obligation? Quels sont les droits du porteur sur la provision? Quels caractères la provision doit-elle présenter? Nous allons successivement examiner les solutions qui ont été proposées sur ces divers points.

A. — Pour ce qui est de l'obligation du tireur de

faire provision, et des sanctions attachées à cette obligation, l'opinion dominante est qu'il faut s'en référer à la loi du pays où la traite a été émise. L'obligation de faire provision est concomitante à l'émission; elle en constitue une des modalités. C'est au moment où il crée la traite que le tireur doit voir fixer sa situation juridique: la loi du lieu du contrat sera donc applicable. On a quelquefois soutenu que ce point devait être réglé par la loi nationale du tireur. Mais cette opinion de l'école italienne ne semble point prévaloir.

B. — La question principale est celle des droits du porteur. Sur le point de savoir par quelle loi elle sera réglée, trois opinions principales ont été émises. M. Weiss soutient que si les parties primitives au contrat de change sont de même nationalité ou si elles sont domiciliées dans le même pays, c'est la loi nationale des parties ou celle de leur domicile qui doit être appliquée, car c'est à cette loi que les parties ont entendu se référer (1). C'est ainsi qu'un Français de passage à l'étranger et tirant une traite sur un autre Français en France, transmettrait au preneur un droit sur la provision, en vertu de la loi française, ici applicable. Le plus souvent, en pareil cas, on sera en présence de conventions qu'il faudra interpréter suivant la volonté des parties. Les règles que l'on énonce en matière de conflits de

(1) Weiss. *Traité élém. de dr. international privé*, 2^e éd., p. 662. Sic. Besançon, 11 janvier 1883. S., 1885-1-113.

lois ne sont pas impératives (1). Mais à défaut de volonté exprimée quelle loi appliquera-t-on? Selon M. Weiss, c'est la loi du pays où l'acceptation a eu lieu qui doit régler le sort de la provision (2). En effet les obligations du tiré envers le tireur découlent du contrat de mandat qui se forme au lieu où le mandataire, c'est-à-dire le tiré, a donné son acceptation, selon le droit commun. C'est donc la loi du domicile du tiré qui doit régler le sort de la provision, puisque l'obligation de faire provision résulte de ce contrat. Il est aisé de répondre que, dans les lois qui admettent la transmission de la provision, cette transmission a lieu indépendamment de toute acceptation. Entre l'acceptation et la provision il n'y a aucun lien. Et d'autre part, ce système ne saurait s'appliquer aux traites non acceptables.

La Cour de cassation a déclaré que la loi applicable en pareille matière est celle du lieu d'émission de la traite, et non celle du paiement ou de l'acceptation (3). Les effets d'un titre ou d'un contrat sont régis en effet par la loi du pays où le titre est créé, où le contrat est conclu. Or, la question

(1) Champcommunal. Etude sur la lettre de change en droit international privé, p. 24.

(2) Weiss. Op. cit., p. 628. Sic. Rennes, 1^{er} août 1895 ; S., 1900-1-161.

(3) Cass., 6 février 1900 ; S., 1900-1 161, note Lyon-Caen ; Cass., 10 juin 1857, S., 1859-1-751 ; Cass., 23 février 1864 ; S., 1864-1-385 ; Cass., Florence, 8 avril 1895 ; S. 96-4-7.

relative à la transmission de la propriété de la provision est relative aux effets de la création du titre même. Il s'agit là d'un effet que certaines lois attachent de plein droit à la création de la traite, tandis que d'autres le lui refusent. C'est donc à la loi de la création du titre qu'il faudra se référer, à défaut d'expression formelle d'une volonté différente des parties.

Cette doctrine de la Cour de cassation n'est pas d'une rigueur complète au point de vue théorique; elle entraîne pratiquement de graves inconvénients. Supposons qu'un créancier ait tiré sur son débiteur plusieurs traites toutes égales au moment de la créance et souscrites dans des pays soumis à des législations différentes; pour savoir à qui le paiement doit être fait, recourra-t-on aux lois des divers pays d'émission? A laquelle de ces lois serait-on légitimement fondé à donner la préférence? On sera, pour les départager, contraint de consulter la loi du pays où le paiement doit être effectué, ce qui démontre la fragilité du système jurisprudentiel. Ce n'est pas, sans doute, le fait de l'acceptation qui noue le contrat et règle le sort de la provision. Mais il est naturel que les effets du contrat soient régis par la loi du lieu où ils doivent se produire, loi qui détermine également les modes d'exécution par lesquels ces effets seront assurés (1). C'est au domicile du débiteur que l'on doit aller

(1) V. J. Valéry. Manuel de Droit international privé (1914), n° 628 et 927.

chercher les renseignements concernant la solvabilité, d'où dépend la réalité des effets du contrat. Toute créance est donc censée située au domicile du débiteur et régie par la loi de ce domicile. Conformément à ce principe général, en faveur duquel militent de puissantes considérations pratiques, nous concluerons donc que c'est la loi du domicile du tiré qui doit régler la question des droits du porteur sur la provision (1).

Que va-t-il arriver si une lettre de change est endossée dans divers pays, avant d'atteindre celui où elle est payable? La Cour de cassation décide que les endossements ne modifient pas les règles primitivement applicables au titre. Pour la Cour suprême, c'est donc la loi d'émission qui reste seule applicable. A notre avis, c'est celle du domicile du tiré (2). Aucune difficulté ne peut s'élever si la loi originellement applicable refuse la propriété de la provision au porteur : celui-ci ne peut en effet transférer aux porteurs subséquents plus de droits qu'il n'en a lui-même.

Mais il faut pareillement décider que, dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque la loi originellement applicable admet la transmission et que la loi de l'endossement ne l'admet point, la propriété de la provision est cependant transmise. Cela peut paraître contraire au principe, reconnu par la Cour de

(1) V. Valéry. Manuel, *loc. cit.*

(2) Valéry. Manuel de Droit international privé, n° 924.

cassation elle-même (1), en vertu duquel les effets de chaque endossement sont régis par la loi du pays où il est opéré. Mais l'application d'un tel principe eût conduit ici à des conséquences inadmissibles. La provision, sortie du patrimoine du tireur en vertu de la loi originaire, ne passerait pas au nouveau porteur en vertu de la loi de l'endossement : elle devrait donc rester entre les mains du porteur intermédiaire. De sorte que la lettre de change appartiendrait à l'un sans provision, et la provision à l'autre sans lettre de change. Sans doute, comme le fait remarquer M. Lyon-Caen (2), cette séparation se rencontre dans les pays qui, comme l'Angleterre, n'admettent pas la transmission, mais il y a cette différence que c'est alors au tireur lui-même que continue d'appartenir la provision.

C. — Quant à la nature et aux caractères que doit présenter la provision : exigibilité, intégralité, disponibilité, c'est la loi du lieu de l'exécution qui est applicable. Il en est de même pour la détermination des formalités moyennant quoi le porteur pourra, s'il a des droits sur la provision, les faire valoir. La loi du paiement est seule applicable ici : car c'est elle qui détermine les formes de l'exécution et les modes de paiement à employer. Si c'était une autre loi qui était applicable, elle pourrait réclamer certaines formalités dont l'accomplissement

(1) Cass., 20 mai 1885, 1^{er} arrêt, S., 1888-1-162 : Champ-communal, *op. cit.*, p. 31.

(2) Note précitée sous Cass., 6 février 1900.

serait impossible matériellement dans le pays où le paiement doit être effectué: ainsi, la procédure réclamée n'existe pas dans ce pays, ou bien les officiers ministériels dont le concours est prévu ne se rencontrent pas dans son organisation judiciaire.

Il peut arriver que ces conflits de lois soient presque insolubles, dans le cas où les législations sont en désaccord non seulement sur les règles de fond, mais encore sur la détermination de la loi applicable. Soit une traite tirée de France sur un pays étranger qui, en premier lieu, n'admet pas la transmission de la provision au porteur et en second lieu déclare applicable, non pas la loi du lieu de paiement, mais celle de l'émission; on sera très embarrassé pour appliquer la loi et la solution variera suivant le tribunal qui sera chargé de faire cette application.

Il serait souhaitable qu'une entente internationale s'établît pour fixer uniformément, dans le cas de conflit, la loi applicable. Dans le projet du 23 juillet 1912, issu de la deuxième conférence de La Haye pour l'unification du droit de la lettre de change, un article 75 indique qu'au point de vue de la *forme*, l'engagement pris en matière de lettre de change est réglé par la loi du lieu où il a été souscrit. Mais aucune solution n'a été arrêtée, malgré les propositions mises en avant, pour régler de même les *effets* d'un tel engagement et par conséquent le sort de la provision (1).

(1) Cf Emile Potu. Unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre. Thèse Dijon 1914, p. 271.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PROVISION DANS LE CHÈQUE

Les origines du chèque sont très anciennes. Il existait en Grèce et à Rome des ordres de paiement qui étaient de véritables chèques à personnes dénommées. Son usage se répandit au Moyen Age, combiné, dans les grandes foires, avec celui de la compensation. La lettre de change d'autrefois, servant à effectuer les règlements, n'était autre chose que l'effet de commerce auquel on a donné le nom moderne de chèque. Néanmoins c'est l'Angleterre qui lui a apporté ses perfectionnements les plus notables et en a répandu l'emploi dans les relations d'affaires. La France a suivi le mouvement et, devant les résultats remarquables obtenus en Angleterre, a adopté et réglementé le chèque par la loi du 14 juin 1865. Depuis lors, les lois du 19 février 1874, du 30 décembre 1911, du 26 janvier et du 2 août 1917 ont apporté certains perfectionnements souhaités par la pratique et dictés par le désir de répandre autant que possible ce mode de règlement.

Il importe au plus haut point, à une époque où l'inflation fiduciaire a atteint des proportions inouïes, d'utiliser tous les moyens susceptibles de la réduire. Si le chèque était délibérément adopté par la pratique, il contribuerait efficacement à obtenir ce résultat.

Il ne nous appartient pas de reprendre ici l'exposé des avantages économiques du chèque et de décrire le mécanisme des chambres de compensation. Nous bornant à l'étude de la provision dans le chèque, nous aurons à examiner : dans un chapitre premier, quels en sont les caractères et la nature ; dans un deuxième, la question des droits du porteur et celle de la preuve ; dans un troisième, les conséquences du défaut de provision. Notre exposé se terminera par l'examen des législations étrangères et des règles applicables à la solution des conflits de lois.

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET CARACTÈRES DE LA PROVISION DANS LE CHÈQUE

La loi de 1865, dès son article premier, marque l'importance fondamentale de la provision dans la matière du chèque, en donnant la définition de cet écrit : « Le chèque est l'écrit qui, sous la forme d'un mandat de paiement, sert au tireur à effectuer le retrait à son profit ou au profit d'un tiers de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles ». Ainsi, le chèque est un instrument de retrait de fonds ; il n'a point de raison d'être si les fonds n'existent pas chez un tiers. Cette somme d'argent à retirer, c'est le but unique en vue duquel il est émis. On voit que la provision est ici, comme jadis dans la lettre de change, la pierre angulaire de l'institution. Dans l'article 2, il est indiqué en effet que « le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable ». Aussi verrons-nous que les exigences de la loi sont ici plus strictes qu'en ce qui concerne la lettre de change : la provision doit remplir certaines condi-

tions particulières ; si elle fait défaut, des sanctions sévères sont établies (1). C'est qu'il ne s'agit plus ici d'une garantie accessoire, simplement avantageuse pour le crédit, mais bien d'un élément essentiel, faute duquel le chèque n'existe pas en tant que tel.

En quoi consiste la provision ? La loi nous parle de « fonds portés au crédit du compte » du tireur chez le tiré. Faut-il entendre par là que le tireur et le tiré doivent être en compte régulier, que ce compte doit être arrêté par la passation d'écritures commerciales ? Une telle interprétation ne serait guère conciliable avec les dispositions libérales de la loi : celle-ci étend l'emploi du chèque au règlement des relations d'affaires entre particuliers même

(1) Il serait à craindre, en effet, que l'on ne dissimulât, sous forme d'un chèque, tiré sans provision préalable, une véritable lettre de change ; celle-ci viendrait indûment bénéficier des avantages fiscaux que le législateur a entendu réserver au chèque. C'est cette fraude fiscale qu'on a principalement cherché à combattre « La loi sur les chèques a surtout, et presque exclusivement, un but fiscal .. Quand elle fut proposée au corps législatif, le conseiller d'Etat de Lavenay déclarait, dans son exposé des motifs, qu'il fallait y « déterminer les garanties qui doivent s'opposer à ce que le chèque ne devienne un instrument de fraude, soit vis à vis du Trésor, soit vis-à-vis des tiers. » L'absence de provision constitue une contravention aux lois sur le timbre ; sur la prédominance du caractère fiscal dans la sanction du défaut de provision consulter : J. Valéry : Le chèque à provision insuffisante. Note sous Montpellier, 9 avril 1906. Moniteur judic. du Midi 1906, p. 179 ss.

non commerçants, alors que certaines législations étrangères, celle de l'Angleterre notamment, n'autorisent que les chèques tirés sur des banquiers. Il n'est pas nécessaire, pour pouvoir tirer un chèque, d'avoir déposé chez un tiers des fonds dont le chèque opèrerait le retrait. Il y aura provision chaque fois que, par suite des relations d'affaires de deux personnes, celle qui veut tirer un chèque se trouvera incontestablement créancière de celle à qui elle compte donner l'ordre de l'acquitter.

A. — La provision doit être intégrale, c'est-à-dire que la créance du tireur sur le tiré doit être au moins égale au montant du chèque. Elle doit en outre être certaine, liquide, exigible.

Nous avons déjà vu, à propos de la lettre de change, ce qu'il faut entendre par là. Ne serait pas liquide une créance résultant de l'état d'un compte courant non encore définitivement arrêté. Ne serait point certaine, une créance résultant de la remise au tiré d'un certain nombre d'effets de commerce dont le recouvrement serait douteux.

B. — L'article 2 de la loi de 1865 indique que la provision doit être *préalable*, c'est-à-dire antérieure non seulement à l'échéance, mais à l'émission même du chèque. En matière de lettre de change, nous avons vu que la provision doit être constituée pour l'échéance seulement. C'est que tout repose, dans la lettre de change sur la solvabilité présumée du tiré et du tireur. Le chèque n'est pas un instrument de crédit et la loi, qui l'a doté de privilèges fiscaux,

ne veut point que l'on puisse masquer, sous l'apparence du chèque, un effet qui jouerait le rôle de la lettre de change. De plus, l'échéance ne peut être ici distinguée de l'émission : le chèque étant payable à présentation ne comporte point de délai entre l'émission et le paiement ; c'est au moment où il est créé que tous ses éléments doivent être envisagés et appréciés (1). Le tiré serait en droit de refuser paiement au porteur d'un chèque émis antérieurement au jour où la provision aurait été fournie, quand bien même le tireur aurait chez le tiré, au moment de la présentation du chèque, un crédit supérieur au montant de cet effet. Remarquons pourtant que l'hypothèse est toute théorique : le tiré fera toujours honneur au chèque qui lui est présenté, s'il y a provision entre ses mains à ce moment-là, sans rechercher quand exactement à été faite cette provision.

Par contre, il a été jugé que lorsque des marchandises ont été expédiées au tiré et reçues par lui, mais que le prix n'en est pas encore exigible au moment où le chèque est émis, il n'y a point provision préalable ; le tiré peut se refuser à acquitter le chèque (2).

Mais à défaut d'une provision constituée en temps utile, le chèque vaudra comme lettre de change, s'il est établi conformément aux prescrip-

(1) V. Dalloz nouveau répertoire pratique, v° chèque n° 18.

(2) Paris 23 février 1874, D. 76 5-89.

tions de l'article 111 du Code de commerce et contient les mentions requises. Toutefois comme cette lettre de change est établie en contravention aux prescriptions de la loi fiscale, les souscripteurs encourront une amende; ils devront en outre acquitter les droits de timbre proportionnel (1).

C. — La provision doit en outre, aux termes de l'article premier, être *disponible*. C'est-à-dire qu'il ne suffit pas que le tireur soit créancier du tiré, que la créance soit liquide et exigible, il faut encore que le tiré ait reconnu que cette créance peut donner lieu à émission d'un chèque en avisant le tireur que les fonds sont à sa disposition. Au moment de la discussion de la loi, on avait manifesté le désir de voir insérer expressément cette condition afin d'éviter que tous les créanciers sans distinction et notamment les fournisseurs se pussent croire autorisés à tirer des chèques sur leurs clients. Le rapporteur de la loi fit observer que cette condition était déjà prévue par elle, lorsqu'elle réclame que la provision soit disponible. S'il ne s'est pas engagé par convention générale ou spéciale avec le tireur, le débiteur est donc en droit de refuser un chèque tiré sur lui.

Par application de ce principe, il a été décidé que le chèque tiré en recouvrement du prix de marchandises vendues, avant acceptation de la facture par

(1) Cass. 12 mai 1885, D-85-1-185.

l'acquéreur, n'est point valable comme chèque. En effet, bien que la vente ait rendu le tireur créancier du tiré et alors même que la créance est exigible et liquide, l'acceptation seule du tiré lui donnera le caractère de disponibilité requis par la loi. Jusque là, un chèque ne peut être valablement émis; mais l'effet pourra valoir comme lettre de change (1).

Par contre, si le prix a été convenu entre les parties avant l'émission du chèque, cette convention rend l'acceptation de la facture superflue: il y a provision disponible (2).

Notons enfin qu'un accord explicite et formel n'est pas indispensable pour que la provision puisse être considérée comme autorisant l'émission d'un chèque. La disponibilité peut résulter des usages établis entre parties, par exemple entre commerçants qui ont coutume d'employer le chèque pour le règlement de leurs opérations. Ce sera une question de circonstances qu'il appartiendra au juge du fait d'apprécier.

Lorsque les conditions que nous avons énumérées sont remplies, le chèque sera valablement tiré. On n'a pas à prendre en considération la nature de la créance qui lui sert de base: elle peut être civile ou commerciale. La qualité du tireur et du tiré est également indifférente. Nous avons déjà indiqué qu'un chèque peut être tiré par toute personne

(1) Solution de l'Administration de l'enregistrement, D. 1875-5-437.

(2) *Eod. loc.*, n° 20.

ayant capacité de s'obliger, même par une « femme ou fille » car la disposition de l'article 113 du Code de commerce, relative à la lettre de change, ne doit pas être étendue à notre matière.

De même, le tiré peut être, non seulement un banquier, mais un simple négociant, et même un non-commerçant. La nature civile ou commerciale du chèque dépend de l'obligation qui l'engendre. Le chèque pourra valablement servir d'instrument de règlement soit à une vente de marchandises, soit à une vente d'immeubles, soit à un compte courant lorsqu'un tel compte a été définitivement arrêté et que les parties en ont vérifié le solde. La Cour de Paris (1) a décidé que dans cette dernière hypothèse, le tiré ne saurait refuser paiement du chèque, sous prétexte que certains effets, passés en compte créditeur du tireur, sont de recouvrement incertain. L'arrêté de compte donne en effet à la créance du tireur une existence actuelle, nonobstant les difficultés de recouvrement qui pourraient survenir ultérieurement. Il y a donc provision et le chèque devra être payé.

D. — La provision doit se trouver entre les mains du tiré et non pas entre celles d'un tiers. Ainsi, on ne peut considérer comme provision l'engagement pris par un commissionnaire de faire des avances sur des marchandises et de procurer bon accueil au

(1) Paris, 28 août 1871, Journal des Tribunaux de commerce 1871, p. 424.

chèque tiré par l'expéditeur pour toucher les sommes avancées, non sur lui, commissionnaire, mais sur une autre personne (1).

(1) Caen, 6 juin 1882, D. 84-2-13.

CHAPITRE II

ATTRIBUTION DE LA PROVISION. — PREUVE DE LA PROVISION

A. — Nous avons vu que la grande majorité de la doctrine et une jurisprudence aujourd'hui unanime reconnaissent au porteur de la lettre de change un droit propre sur la provision. Il en est de même en matière de chèque. On invoque en ce sens les termes de l'article 149 du Code de commerce qui peut fournir ici un argument d'analogie. Les auteurs mêmes qui répugnent à admettre la transmission de la provision au porteur en matière de lettre de change ne rencontrent pas, sur le terrain du chèque, les mêmes obstacles logiques. En effet, il y a dans la lettre de change une véritable pierre d'achoppement : la provision n'est prévue que pour l'échéance ; il peut y avoir des lettres de change sans provision. « Le chèque, au contraire, suppose forcément la provision ; il est très naturel de faire résulter du chèque la cession par le tireur des droits qu'il a contre le tiré » (1). « La création et la remise

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* IV, p 395.

du chèque constituent un paiement définitif, assimilable à une remise d'espèces; le tireur est dessaisi de la provision qui devient la propriété du bénéficiaire (1) ». Aussi tous les arrêts sanctionnent-ils *a fortiori*, en matière de chèques le droit du porteur sur la provision (2).

Ce n'est pas que certains auteurs n'aient élevé des doutes sur le bien fondé de cette doctrine. On invoque d'abord la définition de la loi, selon laquelle le chèque est un « mandat de paiement ». Or, dit-on, si le porteur du chèque reçoit ainsi mandat d'en toucher le montant, il ne peut agir envers le tiré qu'en vertu de la procuration dont il est nanti et non point à titre de propriétaire de la somme à toucher. Mais l'argument ne porte pas : à supposer que le chèque s'analysât en un mandat, on ne saurait soutenir que le rôle du mandataire fut confié au porteur. « Payez à un tel, ou à son ordre, ou au porteur » indique le chèque : c'est donc au tiré que s'adresserait en réalité le mandat ; le chèque ne donne pas au porteur une position juridique inconciliable avec celle de propriétaire de la provision. L'on peut ajouter que, lorsque la loi parle de « mandat de paiement » elle semble avoir pris ce terme dans son sens usuel et commercial et non point dans son acception purement juridique ; il faut entendre par

(1) V. Annales du Dr. commercial 1906, II, p 22.

(2) Trib. Nantes 6 juillet 1867. D. 68 3-46 ; Douai 19 déc. 1902 et Cass. 13 mars 1905, D. 1905-1-377 ; Paris 13 mai 1909, Gazette des Trib. 1909-2-85, 2^e sem. ; Orléans 28 mai 1909, Gaz. des Trib. 1909-2-300.

là un effet de commerce, un moyen de règlement commercial. On ne saurait donc tirer de l'article premier aucune conclusion contraire à la transmission de la créance au porteur (1).

C'est pour un autre motif qu'Alauzet (2) se refuse à reconnaître au porteur la propriété de la provision. Si, dans la lettre de change, cette provision passe au porteur, c'est pas le fait de l'acceptation du tiré. Comme le chèque n'est point susceptible d'acceptation, l'effet de cette acceptation ne pourra se produire. L'objection n'a plus de portée si l'on admet, comme nous avons vu que fait la jurisprudence, la transmission de la provision indépendamment de toute acceptation, par le seul fait de l'endossement.

M. Nouguiér (3) admet au contraire en principe le droit du porteur, car, en se faisant délivrer le chèque, il a échangé son argent contre une autre monnaie, cette monnaie de papier dont le chèque remplit le rôle. Ayant fourni la contre-partie de ce qu'il reçoit, il doit pouvoir se prévaloir du chèque et de ce que le chèque entraîne avec lui, c'est-à-dire l'abandon fait par le tireur de sa créance pour le service du chèque. Mais la situation n'est plus la même, si le porteur du chèque l'a reçu à titre gratuit; il lutte alors pour conserver un avantage,

(1) Boistel. Cours de droit commercial n° 360.

(2) Alauzet. Commentaire du code de commerce et de la législation commerciale, t. IV, n° 1606.

(3) Commentaire de la loi de 1865. p. 204.

alors que les créanciers du tireur en faillite cherchent à éviter une perte : on ne saurait équitablement favoriser le porteur à leurs dépens. Cette distinction est peut-être fondée en équité, mais il serait malaisé de l'étayer juridiquement. Dès qu'un chèque est émis, de deux choses l'une : ou la provision est transmise avec lui, ou bien elle reste dans le patrimoine du tireur ; on ne saurait avoir égard au motif qui a donné lieu à l'émission, pour régler le sort de la provision.

Le dernier argument à l'encontre de la transmission de la créance au porteur est tiré des travaux préparatoires de la loi de 1865. Au cours de la discussion, M. Emile Ollivier avait émis le souhait qu'une disposition formelle de la loi vint reconnaître la transmission de la provision au porteur. Le vœu n'a pas été pris en considération dans le texte définitif. En faut-il conclure, comme font Delamarre et le Poitvin (1), que le législateur a entendu écarter la solution proposée ? On peut au contraire penser (2) que la disposition réclamée était superflue, D'après la jurisprudence universellement établie à l'époque de la discussion de la loi : « l'endossement, c'est le mode commercial de la cession ; il remplace, pour les titres ainsi négociables, le transport signifié, dont il a toute la puissance ». Ajoutons que l'on ne saurait distinguer, au point de vue qui nous

(1) Traité de droit commercial, t. IV, append. n° 7 et 31.

(2) Nouguiet et Espinas. Commentaire des lois de 1865 et de 1874, n° 67.

occupe, le chèque payable au porteur, dont la propriété se transmet par simple remise du titre, du chèque transmissible par endossement. La remise comme l'endossement tient lieu de transport signifié.

Si le tireur vient à tomber en faillite entre l'émission du chèque et la présentation au paiement, le porteur du chèque aura donc un droit de préférence sur les autres créanciers du tireur. Mais il ne faut point s'abuser sur l'analogie que certains auteurs établissent entre le chèque et une véritable monnaie de papier. Le porteur devient propriétaire de la provision, dit-on, et le tireur en est immédiatement dessaisi, comme s'il payait en billets de banque. Mais l'on doit tenir compte de la réalité des choses : tant que le chèque n'a pas été présenté, le tireur a la possibilité au moins matérielle de reprendre la provision des mains du tiré. Jusqu'à une époque toute récente, la chose lui était loisible : nulle sanction légale n'y venait mettre obstacle. D'autre part, le tiré, ignorant l'existence du chèque, ne peut s'opposer à ce retrait. Comment le transport de la propriété de la provision, qui est à la base de notre système, se concilie-t-il avec le droit pour le tireur d'aller toucher chez son banquier les sommes figurant à son crédit, ce qui apparemment détruit la provision ?

Un arrêt de cassation (1) semble bien admettre que le chèque est un mandat confié au tiré par le

(1) Cass. 19 mars 1902, S. 1902-1-209, n. Lyon Caen.

tireur et que le tiré n'est tenu de payer qu'en vertu de ce mandat, lequel, ainsi que tout mandat, est essentiellement révocable. D'autre part, le tiré n'est obligé qu'envers le tireur et non envers le porteur. Une obligation du tiré envers le porteur ne pourrait naître que d'un engagement direct par acceptation. Or, la loi française n'a point prévu de chèques acceptables, tels que les « *certified checks* » américains. Sans doute, la loi exige qu'il y ait provision et on reconnaît au porteur un droit sur cette provision. « Mais ces droits du porteur se rattachent au mandat contenu dans le chèque, ils supposent que ce mandat subsiste ». Or ce mandat cesse d'exister lorsque le tireur le révoque, en avertissant le tiré de ne point payer le chèque. Ainsi les droits du porteur sont précaires, ils demeurent vains, faute d'objet, si la provision est retirée; ils sont révoqués, si l'ordre de paiement est rapporté. Dans ces deux cas, le porteur devra se contenter d'un simple recours.

D'autre part, rien n'empêche le tireur d'appliquer la provision à un second chèque. Si le porteur de ce second chèque le présente au paiement avant l'autre, le tiré se libérera valablement entre ses mains, car il ignore qu'un autre chèque est en circulation et doit payer sur le champ celui qu'on lui présente. A supposer maintenant que les porteurs des deux chèques ainsi créés se présentent concurremment chez le tiré « y aura-t-il entre eux un ordre de préférence qui donnera la priorité au chèque premier en date (suivant la règle *prior tempore*

potior jure) ou qui fera, tout au contraire, passer en première ligne le second chèque, tiré en révocation du premier? » La doctrine de l'arrêt de cassation que nous venons de citer, analysant le chèque en un mandat, aboutirait de préférence à cette dernière solution, qui réduirait à une simple action personnelle le premier « titulaire de la provision ».

Il y a là une limitation des droits du porteur, qui semble l'indice d'un certain flottement dans le système français, en apparence si net, de la transmission de la provision (1).

Néanmoins, sous la réserve de ces observations, il ne nous paraît pas possible de contester l'existence de ces droits du porteur : ils ont, en effet, été consacrés récemment dans la loi du 2 août 1917. Les travaux préparatoires de cette loi indiquent que l'on a voulu maintenir au porteur d'un chèque à provision insuffisante, les droits qu'il aurait eus sur une provision intégrale et que, dans cette hypothèse, la jurisprudence lui contestait. En condamnant la jurisprudence défavorable au porteur, le législateur a implicitement reconnu ses droits (2).

B. — En ce qui concerne la preuve de la provision, il faut se demander à qui en incombe la charge et quels modes de preuve peuvent être employés.

(1) V. Annales de droit commercial 1908, p. 164.

(2) L'étude de la loi du 2 août 1917 prendra place au chapitre suivant.

a) La question de la charge de la preuve peut d'abord se poser entre porteur du chèque et tireur. Le droit commun indique que c'est au tireur de faire la preuve: il se fonde sur l'existence de la provision pour prétendre qu'il est libéré; à lui d'établir ce qu'il avance. Cette preuve lui sera le plus souvent aisée à fournir: les comptes de banque permettent d'établir immédiatement si, au jour voulu, la provision existait.

Lorsque le tireur a fourni provision, et que la provision a péri par le fait du tiré, ou par cas fortuit, il importe de savoir si la perte s'est produite avant ou après l'expiration des délais impartis au porteur pour la présentation du chèque. A qui incombera la preuve? Au tireur, dans les deux cas, car il doit établir non seulement l'existence de la provision à l'échéance, mais encore sa disponibilité pendant tout le temps accordé au porteur pour se faire payer. La solution est conforme au droit commun: le porteur prouve qu'il n'a pas été payé; au tireur d'établir que ce non paiement provient de la faute du porteur. L'article 170 du Code de commerce donne en matière de lettre de change une solution analogue.

Entre porteur du chèque et tiré, ce sera au porteur de prouver l'existence de la provision, puisque c'est la base du titre sur lequel il se fonde pour réclamer paiement.

Enfin dans les rapports de tireur à tiré, ce sera en principe au tireur de faire la preuve de la provision. Il en est ainsi évidemment s'il veut poursui-

vre le tiré qui a refusé de payer. Mais que décider si le tiré, ayant acquitté le chèque, se retourne contre le tireur, prétendant qu'il n'y avait pas provision? La Cour de cassation (1) déclare que le tiré qui a payé est censé avoir eu provision et en avoir vérifié l'existence à l'échéance: pour recourir utilement contre le tireur, il devra donc établir que cette provision n'a pas été faite. Mais cette solution ne repose sur aucun texte: il est difficile de l'approuver, car une présomption semblable ne saurait être admise hors des cas déterminés par la loi (2).

b) Quant aux modes de preuve qui pourront être employés, leur détermination dépendra du caractère civil ou commercial de l'obligation qui a donné naissance au chèque.

(1) Cassation 27 mai 1891, D. 92 1-20.

(2) Lyon-Caen, Renault, *op cit.* IV, 577.

CHAPITRE III

CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE PROVISION

La provision tient dans le chèque une place beaucoup plus importante que dans la lettre de change. Au lieu d'être un simple accessoire de garantie, parfois précieux, mais facultatif, elle constitue, nous l'avons vu, la raison d'être du chèque. Aussi le législateur l'exige-t-il impérieusement. Si elle fait défaut, cela n'entraînera pas, comme en matière de lettre de change, de simples conséquences d'équité, commandées par le droit commun. Des sanctions directes sont prévues et ces sanctions sont de deux sortes, les unes civiles, les autres pénales. Nous allons les examiner successivement.

§ 1. — *Sanctions civiles*

a) L'article 2 de la loi de 1865 indique que le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable. S'il n'y a pas provision, le chèque

sera donc radicalement nul (1). Le porteur du chèque pourra se retourner contre le tireur et lui réclamer paiement de la somme à concurrence de laquelle le chèque avait été créé. Le retrait de la provision par le tireur avant paiement produit évidemment le même résultat.

Mais l'écrit nul en tant que chèque pourra être valable à titre de lettre de change, s'il enferme les mentions prévues par l'article 110 du Code de commerce (2) ou, à défaut, comme billet à ordre, s'il en remplit les conditions (3). S'il ne peut être régulièrement assimilé à un effet de commerce, faute de quelque une des mentions requises (notamment de l'indication de la date du paiement) le chèque pourra valoir comme simple mandat de toucher (4). Il ne sera même pas nécessaire pour cela qu'il soit écrit en entier de la main du souscripteur ou revêtu du « Bon pour » ou « Approuvé », l'écrit qui revêt la forme régulière du chèque étant considéré comme dispensé des prescriptions de l'article 1326 du Code civil (5). Enfin quoique nul, le chèque pourra enfermer une stipulation pour autrui, valablement

(1) Cass. 19 déc. 1877, D. 79-1-257 ; Caen 6 juin 1882, D. 84 2-14 ; Lyon 14 mai 1890, D. 91-2-180 ; Dijon 3 décembre 1894, D. 95-2 237.

(2) T. com Seine 18 janvier 1873, D. 79-1-257 ; Cass. 12 mai 1883 ; D. 85-1 185.

(3) Dijon 3 décembre 1894, précité.

(4) Lyon 14 mai 1890, précité ; Douai 6 déc. 1906, *Rec. de Douai* 1907-154.

(5) Dijon 3 décembre 1894 précité.

convenue entre tireur et tiré et que l'acceptation du bénéficiaire-porteur rendra irrévocable ; de sorte que ce bénéficiaire aura une action directe et personnelle contre le promettant pour le contraindre à exécuter son engagement (1).

Mais les conséquences que la loi attache au chèque valable, notamment les droits du porteur sur la provision, disparaissent quand le chèque est nul, surtout lorsqu'il ne peut même valoir comme lettre de change.

Lorsque la provision, faite par le tireur, a péri par la faute du tiré, le chèque est valable : c'est donc au tiré que le porteur devra s'adresser ; le tireur ne sera tenu que subsidiairement, comme caution du tiré. Mais le porteur devra pour cela présenter le chèque au paiement dans le délai prescrit et faire dresser protêt dans les formes prescrites par l'article 4 de la loi de 1865. La présentation tardive entraîne forclusion du porteur, s'il est prouvé que la provision n'a péri qu'après l'expiration du délai de présentation (2), si cette preuve n'est pas rapportée, le porteur conserve son recours contre le tireur, car sa négligence n'a point de part à la perte de la provision.

b) Quel sera le sort d'un chèque pour lequel il y a provision, mais provision insuffisante ? La jurisprudence en prononçait la nullité, tout comme s'il y

(1) Lyon 19 janv. 1907, *Mon. Lyon* 22 octobre 1907.

(2) Alger 2 novembre 1898, *France judiciaire* 1900-2-105.

avait absence totale de provision (1). Il faut, disait la Cour de cassation (2), que la provision soit de nature à permettre le paiement du chèque à vue, c'est-à-dire qu'elle soit supérieure au montant de cet effet. Une provision qui ne remplit pas cette condition essentielle doit être considérée comme nulle et non avenue. Cette nullité affectera le chèque dans son intégralité : elle est, en effet, indivisible comme le chèque lui-même et le tiré ne peut être contraint de l'acquitter partiellement.

Une telle théorie avait soulevé les protestations de la pratique et provoqué les critiques de plusieurs auteurs (3) : on faisait remarquer que nulle part la loi ne prononce la nullité du chèque à provision insuffisante, que la jurisprudence établissait indûment une nullité sans texte. Cette nullité n'était point conforme au vœu de la loi, dont le caractère principalement fiscal, se manifeste par des sanctions appropriées et d'ailleurs suffisamment efficaces. Du reste, les conséquences en étaient des plus fâcheuses : on frappait de nullité des chèques tirés de bonne foi et de la manière la plus sérieuse, en raison d'une erreur de compte toujours possible et

(1) Aix 31 mars 1910, Cass. 7 janv. 1903. D. 1904-1-279 ; Douai 18 décembre 1902, D. 1905-1 377.

(2) Cass. 15 mars 1905, D. 1905-1 377 ; Montpellier 9 avril 1906, D. 1907 2-145. En sens contraire : Nîmes 5 mai 1903, Gazette du Palais 1903-2-107.

(3) V. notamment la note de M. Valéry sous Montpellier 9 avril 1906, *Moniteur judiciaire du Midi* 1906, p. 179 et ss. Cf. *Annales de Dr. commercial* 1907, p. 223, 1910, p. 85, 1912, p. 231.

qui pouvait n'aller qu'à quelques centimes (1). Le porteur du chèque à provision insuffisante se trouvait ainsi désarmé et, s'il avait été victime de la mauvaise foi, risquait de ne pouvoir rentrer, même partiellement, dans ses fonds. La jurisprudence tendait ainsi à entraver l'expansion du chèque : attachant des conséquences excessives à la moindre erreur d'un tireur de bonne foi, enlevant au porteur des garanties qui pouvaient lui être précieuses, elle détournait la pratique commerciale de l'emploi de cet instrument de règlement.

Ce mouvement de critiques a entraîné une intervention législative : la loi du 2 août 1917, condamnant « une jurisprudence qui s'est limitée à l'application la plus étroite des textes, sans tenir compte des nécessités économiques » (2) a, dans son article premier, ajouté la disposition suivante à l'article 2 de la loi du 14 juin 1815 : « Si la provision est inférieure au montant du chèque, celui-ci produit tous les effets attachés au chèque régulier, jusqu'à concurrence de ladite provision ».

(1) Cette erreur peut fort bien n'être nullement imputable au tireur. Ce dernier a chez son banquier un coffre-fort en location ; au moment où le chèque est tiré il peut se faire que le banquier vienne précisément de débiter le compte de son client du montant de la location de ce coffre-fort ; cette légère diminution de l'actif du compte suffirait, selon la jurisprudence critiquée, à rendre le chèque nul. Un pareil système conduisait à l'insécurité la plus complète dans les affaires. Cf. Valéry, note précitée.

(2) V. rapport de M. Bokanowski, député, Journal officiel. Documents parlementaires, 1917, p. 257.

Désormais l'insuffisance de la provision n'entraîne plus la nullité du chèque; celui-ci sera valable et le porteur usera de ses droits sur la provision dans la mesure où celle-ci existera chez le tiré. La loi a sagement fait justice de l'argument tiré de l'indivisibilité du chèque: le porteur aura désormais la possibilité de réclamer un paiement partiel, quitte à se retourner contre le tireur pour le solde impayé.

Dans le cas où la provision est insuffisante pour payer plusieurs chèques, le tiré payera jusqu'à concurrence des fonds qu'il détient, au fur et à mesure de la présentation des effets. Il ne peut être lié par l'ordre des dates d'émission. Il ignore que plusieurs chèques ont été tirés et du reste l'obligation où il est de les acquitter à vue ne lui permet pas d'opposer au premier porteur qui se présente, l'existence d'autres chèques antérieurement émis.

§ 2. — *Sanctions pénales*

A côté des sanctions civiles qui ont pour objet de sauvegarder les intérêts des souscripteurs, la loi a prévu des sanctions pénales, destinées à faire respecter les intérêts du fisc et l'ordre public. La loi qui a introduit le chèque en France l'a en effet doté de certains avantages fiscaux: au lieu du droit de timbre proportionnel applicable aux lettres de change, le chèque, quel qu'en soit le montant, n'est assujetti qu'à un droit fixe, relativement faible. Il ne fallait pas permettre que, sous le couvert du

chèque et pour profiter de cet avantage, de véritables lettres de change pussent être émises; or, un chèque sans provision préalable en tiendrait parfaitement l'emploi. C'est pourquoi le défaut de provision constitue une contravention fiscale. D'autre part, un chèque émis de mauvaise foi dans de telles conditions peut avoir pour objet de s'approprier la chose d'autrui. A côté de la contravention fiscale, il existe alors un délit. En cette matière, la loi précitée du 2 août 1917 a apporté quelques innovations heureuses. Pour les exposer plus clairement, nous allons indiquer tout d'abord quel était le jeu des sanctions avant la promulgation de cette loi.

L'article 6 de la loi de 1865, modifié par l'article 6 de la loi du 19 février 1874, disposait: « L'émission d'un chèque sans provision préalable est passible de la même amende (6 p. 100 du montant de l'effet), sans préjudice des peines correctionnelles s'il y a lieu ».

Ainsi, tout chèque émis sans provision préalable ou avec une provision insuffisante entraînait une amende fiscale. L'amende était calculée sur le montant total de l'effet, même si la provision avait été partiellement fournie, car il n'y a de véritable provision que celle dont le montant est suffisant pour l'acquittement du chèque. Elle avait un caractère contraventionnel: elle était donc encourue dans tous les cas, que le tireur fut de bonne ou de mauvaise foi, la question de l'intention ne se posant point en matière de contravention. Le tribunal correctionnel

était, en vertu du même motif, incompétent pour en connaître (1).

Mais l'amende fiscale n'est pas encourue lorsque, le chèque ayant été émis avec une provision suffisante, cette provision a été retirée depuis. On avait proposé d'assimiler les deux hypothèses, car le retrait de la provision, disait-on, aboutit au même résultat que son absence originaire, et présente même un caractère frauduleux le plus souvent. Mais on a répondu à celà que l'amende a pour effet de réprimer la contravention fiscale : or si, au moment de la création de l'effet, il y a provision, l'effet est bien un chèque ; il est donc dispensé de timbre proportionnel ; il n'y a pas contravention et le retrait postérieur de la provision n'a pu faire naître après coup cette contravention.

A côté de l'amende fiscale, l'émission d'un chèque sans provision ou le retrait d'une provision faite, peuvent entraîner « des peines correctionnelles ». Dans le projet de loi d'où est sorti le texte de 1865, l'émission ainsi faite de mauvaise foi, ou le retrait opéré dans les mêmes conditions, entraînaient en tous cas les peines de l'escroquerie.

Mais cette disposition n'a pas été adoptée dans la loi de 1865 : On n'a pas voulu qu'une simple erreur put entraîner des commerçants honnêtes dans le cabinet du juge d'instruction, dût leur bonne foi y être promptement établie. Pour pouvoir entraî-

(1) Trib. correct. Seine, 21 juin 1901. Gaz. des Trib., 22 juin 1901.

ner l'application des peines correctionnelles, il faut que les éléments de l'escroquerie soient réunis : l'émission du chèque devait être accompagnée de manœuvres frauduleuses. La mauvaise foi, n'était pas suffisante, à défaut de ces manœuvres, pour déterminer l'application de l'article 405 (1).

En définitive, sous l'empire de la loi de 1865, l'émission du chèque sans provision préalable et suffisante entraîne dans tous les cas une amende fiscale ; lorsque cette émission est faite, ou que le retrait de la provision est opéré de mauvaise foi et qu'ils sont accompagnés de manœuvres frauduleuses, les peines de l'escroquerie sont encourues.

Loi du 2 août 1917. — Cette loi a complété la précédente sur deux points : a) en matière de contravention fiscale ; b) sur le terrain délictuel, pour la répression du chèque émis de mauvaise foi.

a) La loi de 1917 a apporté, en matière de contravention fiscale, une réforme d'équité corrélative à celle qui a été introduite sur le terrain de la sanction civile. Autrefois le chèque à provision insuffisante, considéré comme sans provision aucune, entraînait une amende calculée sur le montant total de l'effet. La loi de 1917 modifiant l'article 6 de la loi de 1874, dispose : « Si la provision est inférieure au montant du chèque, l'amende ne porte que sur la différence entre le montant de la provision et le

(1) Cass., 30 octobre 1903. Pand. franç., 1904-1-448 ; Cass., 5 juin 1912, n° 308.

montant du chèque ». Le fisc n'a été frustré que dans la mesure de cette différence, c'est elle qui doit, par conséquent, servir de base à la réparation dûe.

Pour les motifs précédemment exposés, le retrait d'une provision déjà faite n'entraîne pas l'amende fiscale, le chèque ayant été, lors de son émission, un titre parfaitement régulier.

b) La loi de 1917 a forgé un nouvel instrument de répression contre les émissions de chèques sans provision, faites de mauvaise foi. Un tel fait ne pouvait être poursuivi comme délit que s'il était accompagné des « manœuvres frauduleuses » prévues par l'article 405. Désormais l'émission ainsi faite constitue un délit en elle-même, sans que les éléments de l'escroquerie doivent être réunis : « Celui qui, de mauvaise foi, a émis un chèque sans provision disponible et préalable ou qui a retiré après l'émission tout ou partie de la provision, est passible d'une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende qui ne pourra excéder le double de la valeur nominale du chèque, ni être inférieure au quart de cette valeur. L'article 463 du Code pénal est applicable au présent délit ».

L'on peut ainsi réprimer l'émission faite de mauvaise foi, même lorsqu'elle ne constitue pas une escroquerie. Il suffit, comme l'a fait remarquer le rapporteur de la loi, M. Bokanowski (1), que le por-

(1) Journal officiel, *loc. cit.*, p 258

teur du chèque ait subi un préjudice, et que la provision n'existe plus ou n'existe plus que partiellement à l'échéance; en outre, il faut chez le tireur l'intention de nuire, la mauvaise foi, car il ne s'agit plus ici d'un délit contraventionnel, mais d'un délit véritable, passible du tribunal correctionnel.

En résumé, les sanctions de l'absence de provision dans le chèque sont actuellement les suivantes :

a) Dans tous les cas, qu'il y ait ou non mauvaise foi, l'absence ou l'insuffisance de la provision entraînent une amende fiscale de 6 p. 100, calculée sur ce qui manque de la provision. Mais le retrait d'une provision déjà faite n'encourt pas cette amende.

b) Lorsqu'un chèque a été émis de mauvaise foi, sans provision, ou que tout ou partie de la provision a été retirée de mauvaise foi, en l'absence de manœuvres frauduleuses, les peines de la loi du 2 août 1917 s'appliquent : emprisonnement de durée inférieure à celui qui est prévu pour l'escroquerie, amende non plus fiscale mais pénale.

Notons que si le chèque est émis dans ces conditions, avec une provision insuffisante, les peines indiquées ne sont pas applicables. Il faut que le chèque soit émis « sans provision ». Or, aux termes de l'article premier de la loi de 1917, on ne peut assimiler la provision insuffisante et l'absence totale de provision. Seul le retrait partiel, fait après coup, est assimilé par l'article 2 au retrait total et puni de la même peine.

c) Enfin lorsque l'émission sans provision, ou

avec provision insuffisante, ainsi que le retrait total ou partiel de la provision, faits de mauvaise foi, sont accompagnés de manœuvres frauduleuses, ces faits constituent une escroquerie, tombant sous le coup de l'article 405 du Code pénal.

CHAPITRE IV

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES. — CONFLITS DES LOIS

I. — A la différence de ce que nous avons constaté pour la lettre de change, les législations étrangères sont assez peu diversifiées en matière de chèque. La plupart établissent, soit en droit, soit en fait, l'exigence d'une provision préalable. La nature même du chèque et son emploi l'imposent en effet.

a) *Système anglais.* — La loi anglaise exige que le tiré soit un banquier ou le dépositaire habituel des fonds du tireur ; mais elle n'exige expressément aucune provision préalable comme faculté de tirer les chèques. Mais les usages la complètent. La jurisprudence admet qu'un banquier peut refuser paiement du chèque, faute de provision ou si la provision n'a été faite que postérieurement à l'émission. C'est donc qu'à défaut de provision préalable, le chèque est nul.

La loi ne prévoit pas de sanctions fiscales ni de sanctions pénales analogues à celles de la loi du

2 août 1917. Mais si l'émission faite de mauvaise foi peut être, d'après les circonstances de la cause, assimilée à l'escroquerie, le tireur pourra encourir une peine qui peut aller jusqu'à la déportation.

Nulle part la loi ni les usages ne consacrent un droit du porteur sur la provision; il ne pourrait se prévaloir d'une cession que dans l'hypothèse de la faillite simultanée du tireur et du tiré. Cette disposition déjà signalée à propos de la lettre de change résulte de la loi des faillites.

b) *Système belge*. — La loi du 30 juin 1873 est manifestement inspirée du système français. La provision doit préexister à l'émission; faute de quoi le chèque est nul et des sanctions fiscales et pénales sont encourues, analogues à celles que prévoit notre loi du 14 juin 1865 (1).

c) *Code hollandais*. — Le chèque ou « effet de caissier », mandat de paiement à vue sur un caissier, ne suppose pas nécessairement provision préalable. Faute de provision, il ne sera point nul. Le tireur sera seulement tenu à garantie, alors que l'existence de la provision le dispense de cette garantie, lorsque dix jours se sont écoulés depuis l'émission de l'effet.

Lorsque la provision existe, le porteur ou les porteurs de chèque ont sur elle un droit de préfé-

(1) Le système du Code de Commerce italien de 1882 (article 339) est également inspiré du nôtre. Mais le chèque ne peut être tiré que sur un banquier ou un commerçant.

rence. Si le tireur tombe en faillite, le chèque pourra néanmoins être acquitté, sauf lorsque les créanciers du tireur opèrent saisie-arrêt entre les mains du caissier-tiré. Dans ce cas, les fonds formant la provision ne rentrent pas dans le patrimoine du tireur : ils en restent distincts et séparés. Les porteurs d'effets émis avant la faillite seront payés, par préférence aux autres créanciers, sur cette provision ; ils seront payés intégralement si la provision est suffisante pour les désintéresser tous, sinon ils viendront au marc le franc, sans qu'il soit tenu compte de l'ordre des dates.

d) *Système allemand.* — Jusqu'à une date récente, le régime du chèque était fixé en Allemagne par la loi d'empire du 10 juin 1869, qui était une loi fiscale. Le mandat de paiement à vue tiré sur un banquier dépositaire de fonds, pour retirer les fonds déposés, est dispensé de tous droits. Ce mandat de paiement suppose évidemment une provision préalable, puisqu'il est destiné à en effectuer le retrait.

Le Code de commerce de 1897 ne contenait aucune disposition intéressant la provision. Un projet de loi, déposé au Reichstag en 1892 a fini, après bien des tiraillements et des difficultés, par aboutir à la loi du 11 mars 1908. Ce long intervalle de temps écoulé s'explique en grande partie par la répugnance qu'éprouve la doctrine allemande de l'acte abstrait à laisser introduire la notion de provision dans la réglementation du chèque. Toutefois, les

nécessités de la pratique l'ont emporté; la loi du 11 mars 1908 dispose: Article premier: « Le chèque doit contenir... assignation du tireur adressée au tiré d'avoir à payer *sur son crédit* une somme déterminée ». L'article 3 donne la définition du *crédit*: « il faut considérer comme crédit le montant d'argent jusqu'à concurrence duquel le tiré est obligé de payer en chèques d'après les rapports existant entre lui et le tireur ».

Le crédit ainsi défini ressemble trait pour trait à la provision disponible (« jusqu'à concurrence duquel le tiré est obligé de payer ») et préalable (« d'après les rapports existant.. ») qui est exigé par la loi française. D'après les termes de l'article premier, le chèque suppose obligatoirement l'existence d'un tel crédit. Mais on a volontairement laissé dans l'ombre la question épineuse de la propriété de la provision (1). La loi allemande ne la tranche pas, comme fait, par exemple, le Code hollandais.

Dans la refonte de sa législation du chèque, l'Allemagne avait été devancée par l'Autriche, où les principes exclusifs de la notion de provision, semblent moins arrêtés (nous avons déjà signalé le mouvement qui tend à réintégrer la provision dans la lettre de change non acceptable). C'est le 3 avril 1906 qu'a été promulguée la loi autrichienne du chèque qui prévoit et sanctionne, d'une manière analogue à la loi allemande, l'existence d'une provision préalable (2).

(1) V. Annales de Droit commercial 1908, p. 162.

(2) V. Annales de Droit commercial 1907, p. 90.

II. — Les conflits de lois en matière de chèque seront relativement rares, en raison de la courte existence de cet effet de commerce, et généralement aisés à résoudre, en raison de l'uniformité des législations qui régissent la matière. Dans les cas où ils viendront à s'élever, c'est la loi du lieu où le chèque est payable qui règlera les conséquences du défaut de provision et les droits auxquels le porteur peut prétendre sur elle. Cela conformément au principe déjà indiqué suivant lequel la créance est régie par la loi du domicile du débiteur. Quant aux formalités qui entourent le paiement, aux délais et aux formes du protêt c'est la loi du lieu d'exécution, c'est-à-dire du lieu où le chèque est payable qui les règlera de même.

Pour ce qui est des conditions fiscales auxquelles est assujetti le chèque, notamment de l'amende de 6 p. 100 qui sanctionne l'émission effectuée sans provision préalable, elles s'appliquent aussi bien aux chèques tirés de France sur l'étranger que de l'étranger sur la France, pourvu que ces derniers répondent aux conditions de forme requises par la loi française. Sinon, ils seront assujettis, comme les chèques tirés de l'étranger sur l'étranger aux droits de timbre de la lettre de change (1).

(1) Loi du 19 fév. 1874, art. 9. Cf. Valéry, *op. cit.* n° 921. *Contra* Lyon Caen et Renault, *op. cit.* n° 68.

CONCLUSION

La diversité des législations du change entraîne, dans une matière internationale par essence, des inconvénients considérables que nous avons signalés : L'ignorance où l'on peut légitimement demeurer des lois étrangères, l'incertitude sur la loi applicable, les procès coûteux qui s'élèvent constituent des obstacles au développement des relations commerciales et à la sécurité des instruments de règlement international.

Aussi l'unification des règles relatives aux effets de commerce est-elle depuis longtemps souhaitée. Le vœu en était déjà formulé au XVIII^e siècle par Accarias de Serionne : sa réalisation a fait l'objet de travaux importants pour lesquels ont collaboré des jurisconsultes de tous pays. Des conférences et des congrès ont été successivement tenus à Brême (1878), Bruxelles (1888), Paris (1889), La Haye (1910 et 1912). Le statut international de la lettre de change et du billet à ordre y a fait l'objet d'amples discussions et, après certains remaniements, a fait l'objet d'un projet définitif arrêté le 23 juillet 1912. Un semblable projet, concernant le chèque a

été déposé pour faire l'objet des observations des diverses nations participantes. Lorsque les difficultés d'ordre constitutionnel que soulève l'adoption de ces projets communs, dans chacun des pays dont les représentants ont participé au travail préparatoire, auront été levées, l'unification désirée aura fait un grand pas.

Elle ne sera pourtant pas complète. Un point de la réglementation semble rebelle à l'unification et c'est précisément celui qui fait l'objet de cette étude. La question de la provision est laissée en dehors du projet. Elle a donné lieu, depuis le Congrès de Bruxelles en 1888 jusqu'à la Conférence de La Haye en 1910 à de chaudes discussions et l'on en est arrivé à proclamer l'impossibilité d'un accord sur ce point. Chaque pays conserverait donc, en notre matière, sa réglementation et son interprétation particulières.

Le moment est venu d'indiquer à grands traits les conceptions en présence. Nous rechercherons ensuite à quels points précis se ramènent pratiquement ces divergences. Il nous restera à déterminer le terrain sur lequel on peut désirer voir s'achever l'unification.

§ 1. — *Les conceptions en présence*

a) Le système français est de formation historique. La provision semble en être restée l'âme. Elle joue, dans le chèque, le rôle essentiel que lui recon-

naissent la plupart des législations étrangères et que réclame impérieusement la nature et le but de cet effet de commerce. Mais elle est aussi l'épine dorsale de la lettre de change; comme au temps où celle-ci servait exclusivement à réaliser un transport de valeur, la provision conserve une importance dominante. Son existence ou son absence règle le sort du porteur négligent; le porteur jouit sur elle, d'après la jurisprudence, d'un privilège précieux. C'est que la lettre de change n'a pas pour effet de supprimer les relations juridiques qui lui ont donné naissance. Une dette existe, douée des attributs du droit commun: il y a un créancier, un débiteur, une cause de l'obligation, peut-être des moyens de résolution. On enferme cette dette dans un effet. Elle conserve néanmoins ses racines dans la convention dont elle procède. L'effet n'en est que le revêtement. Il constitue une indication de paiement, un simple mode de transmission et, au besoin, de contrainte. Cependant, bien que la dette primitive « continue à planer sur le titre » en sorte que l'on peut à l'occasion se prévaloir des garanties et des accessoires qui en assurent le paiement, « les moyens de résiliation sont en partie paralysés par le mécanisme de l'acceptation et de l'endossement ». La provision constitue le lien de la lettre de change avec l'opération juridique antérieure dont elle procède.

On a même tenté d'étendre encore son domaine. Cette notion qui joue un rôle d'importance crois-

sante n'est-elle point commune, en réalité, à tous les effets de commerce?

M. Bourcart (1) estime qu'elle s'applique en matière de billet à ordre, tout comme en matière de lettre de change ou de chèque. Il observe que le billet à ordre joue le même rôle économique que la lettre de change; pourquoi ne supposerait-il pas, comme la lettre de change, une créance du bénéficiaire sur le souscripteur? On prétend que la provision ne se conçoit que si la personne qui donne l'ordre de paiement est différente de celle à qui cet ordre s'adresse. Il faut que tireur et tiré soient deux personnes distinctes dont les rapports juridiques justifient l'ordre donné. Or, dit-on, en matière de billet à ordre, ces deux personnes sont confondues en une seule: le souscripteur du billet, qui à la fois émet l'effet et s'engage à l'acquitter. Mais c'est là une fausse analyse de la situation. Sans doute le souscripteur remplit-il le rôle de tiré et même de tiré-accepteur. Mais on ne saurait l'assimiler à un tireur: ce n'est pas lui qui *se donne l'ordre* de payer. Cet ordre, c'est le bénéficiaire qui l'a donné lorsqu'il a réclamé du souscripteur, que le billet fut créé. Le billet à ordre n'est pas spontané, le créancier participe à sa création, en le réclamant à son débiteur. C'est donc le bénéficiaire qui joue

(1) « La provision dans le billet à ordre. » Comité des travaux historiques. Section des sciences économiques et sociales. Bulletin 1901, p. 144 162. Cf. Note sous cassation 24 janvier 1912, S. 1917-1-121.

le rôle de tireur. La provision, c'est la créance du bénéficiaire sur le souscripteur et elle n'est pas ici facultative comme dans la lettre de change: l'article 188 du Code de commerce en réclame impérieusement la mention sur le texte même du billet à ordre, car la « valeur fournie » créance du bénéficiaire sur le souscripteur, n'est pas autre chose que la provision.

En résumé, selon le droit français la créance originaire subsiste et pénètre dans l'effet de commerce. Elle y subit sans doute des transformations indispensables, mais sous le bénéfice de cette réserve, on continue de pouvoir l'invoquer.

b) Le système allemand part d'une conception directement opposée: la lettre de change, le billet à ordre sont détachés de leurs racines. C'est la vertu du papier qui porte les signatures, qui crée désormais l'obligation. Longtemps ce point de vue a été conservé même en matière de chèque, où il paraît pourtant difficile à soutenir. La loi du 11 mars 1908 n'en a fait l'abandon qu'à regret. La créance primitive ne passe point aux endossataires de l'effet: ceux-ci ne peuvent se prévaloir que des mentions portées sur leur titre, lequel doit se suffire à lui-même. Aussi, la créance n'étant point entrée dans le droit de change, celui-ci ne se préoccupe-t-il point de la provision. Cette théorie formaliste comporte pourtant des tempéraments. Si la création d'un effet de commerce entraîne d'aventure l'enrichissement injuste d'une des parties au détriment des

autres, le droit commun permettra de redresser cette injustice en accordant un recours à la partie lésée.

c) Quant au droit anglais, il adopte un système très différent des deux conceptions que nous venons d'exposer. A la différence de ce qui se passe chez nous, la créance primitive n'est pas conservée sous le vêtement de l'effet de commerce avec son individualité propre. Le porteur de l'effet ne pourra donc s'en prévaloir. Seule l'obligation née de la lettre de change est transmise activement aux titulaires successifs de l'effet. Mais à la différence du système allemand, le droit anglais n'accueille pas la conception du titre abstrait, de la lettre de change coupée de ses racines.

Ce point de vue ne serait pas conciliable avec le développement donné, en droit anglais, à la théorie de la cause. Il faut donc que l'émission de l'effet de commerce ait une cause, et une cause pécuniaire, car l'intention libérale ne saurait valoir à ce titre, dans une obligation de caractère le plus souvent commercial. On présume l'existence de cette cause, mais vient-elle à faire défaut, la traite, le billet ou le chèque seront frappés de nullité et des recours seront ouverts pour rétablir l'équilibre des rapports pécuniaires que l'émission de ces papiers sans cause a pu rompre. Le droit allemand valide indistinctement l'effet de commerce, mais accorde à son encontre des exceptions et des actions d'équité. Le droit anglais annule au contraire ceux qui sont

émis sans cause et donne aux parties le moyen d'effacer les conséquences de leur émission.

§ 2. — *Conséquences pratiques des trois systèmes exposés*

Ces conceptions théoriques si divergentes finissent par aboutir dans la plupart des cas à des résultats très voisins.

Le système français de la provision entraîne des conséquences : *a)* en ce qui concerne le porteur négligent ; *b)* en ce qui concerne les effets de complaisance ; *c)* en ce qui concerne les droits du porteur sur la provision ; *d)* en ce qui concerne la transmission des garanties originaires de la traite aux porteurs successifs.

a) A défaut de provision, les déchéances prévues par la loi ne sont pas encourues par le porteur ou les endosseurs négligents, qui peuvent se retourner contre le tireur. Un résultat identique est obtenu sous l'empire du système allemand, par le jeu des actions d'enrichissement injuste. De même, en droit anglais, par l'action « for money paid » donnée au porteur d'une traite qui aurait été créée sans cause.

b) La véritable raison de la nullité des effets de complaisance n'est pas, nous l'avons vu, l'absence de provision. Nous avons vu également que l'on tend aujourd'hui à ne pas faire de la complaisance

en tant que telle, un vice de l'effet. Il faut pour que les sanctions soient encourues que cet effet ait été émis dans un but frauduleux. Mais, en pareil cas, l'effet présente un caractère délictueux et tombe sous le coup de la loi pénale. Là est la véritable sanction et nous avons pu soutenir qu'elle rendait la sanction civile superflue. La loi allemande et la loi anglaise sanctionnent pénalement l'émission délictueuse des papiers de commerce.

c) L'admission du privilège du porteur en cas de faillite du tireur, consacrée par la jurisprudence française forme le pivot de la théorie de la provision. Le droit allemand, s'en tenant toujours au contenu du titre ne consacre pas un tel droit de préférence. Le droit anglais non plus, en principe. Mais nous avons vu que la loi anglaise des *faillites* donne un privilège au porteur, lorsque le tireur et le tiré sont tous deux en faillite et que la provision consiste en marchandises ou en effets de commerce. Dans bien des cas la loi anglaise et la jurisprudence française aboutissent au même résultat.

d) Enfin, certains avantages particuliers attachés à la créance originaire peuvent être invoqués, selon la théorie française, par le porteur de la traite. Le droit allemand et le droit anglais ne lui permettent pas de s'en prévaloir, puisqu'il n'a à sa disposition que l'action même du change, née de la traite. Mais nous avons vu que la jurisprudence française n'étend pas la faculté qu'elle accorde ainsi au porteur, à toutes les clauses accessoires qui ont pu être sti-

pulées lors de la convention originale. Il est difficile, dans ces conditions, d'apprécier la portée pratique de la divergence que nous venons de signaler.

§ 3. — *Sur quelles bases serait-il souhaitable d'établir une réglementation uniforme?*

En définitive, c'est notre théorie jurisprudentielle des droits du porteur qui forme le grand obstacle à l'unification. Nous n'avons pas à reproduire ici les arguments qui ont été fournis précédemment à son encontre. Nous avons indiqué suffisamment les objections tant juridiques que pratiques qui militent contre elle. Le problème est maintenant plus ample. Il se pose ainsi : est-il nécessaire de maintenir en matière d'effets de commerce une théorie de la provision ? Pour fournir une réponse à cette question, il faut distinguer :

a) Nous avons vu que l'on a, dans un dessein de synthèse juridique et de symétrie intellectuelle, tenté d'introduire la notion de provision dans le *billet à ordre*. Selon nous, une telle tentative, quelle que soit l'ingéniosité dont elle témoigne, est vouée à l'échec ; elle offre à l'esprit une analyse plus ou moins séduisante du mécanisme des opérations juridiques qui interviennent dans la création du billet à ordre, mais elle ne conduit à aucune conséquence neuve au point de vue pratique. C'est une construction de luxe qui n'ajoute rien à ce que la théorie

traditionnelle, qui ne fait point de place à la provision, permettrait de découvrir. Dès l'instant qu'elle est superflue, elle doit, à notre sens, être écartée.

b) La théorie de la provision n'est donc point nécessairement commune à tous les effets de commerce. Faut-il souhaiter son maintien en matière de *lettre de change*? Nous avons déjà indiqué que le Code de commerce l'a conservée surtout par tradition historique. Cette provision, indispensable dans la lettre de change primitive, est, dans l'état actuel de notre législation, devenue facultative. C'est qu'en effet, elle était jadis un élément essentiel du contrat, comme l'était la remise de place à place. Le contrat de change avait pour objet un transport de valeur: la lettre de change était l'émanation de ce contrat. Le Code ayant respecté cette notion originale, la lettre de change devait nécessairement supposer la réunion de deux éléments: a) la valeur à transporter ou provision; b) le transport ou remise de place à place. « Vouloir qu'il y ait lettre de change là où il n'y a pas *engagement de faire remettre une somme d'un lieu sur un autre*, c'est tout simplement méconnaître le but qu'on s'est proposé en créant cet agent commercial. Quand on soutient en outre que les règles sur la provision sont sans rapport direct avec *le contrat et la lettre de change*, on a ainsi le tort de ne pas se pénétrer suffisamment de la protection spéciale dont le législateur a

dû les entourer » (1). Ainsi était défendue, en 1850, la doctrine du Code. La position prise est très nette : maintien corrélatif du transport de place à place et de la provision, éléments essentiels de la lettre de change, parce que la lettre de change reste étroitement liée au contrat de change. Mais depuis le Code, et même depuis 1850, le point de vue s'est modifié : le chèque est venu en 1865 tenir à peu de choses près l'emploi primitif de la lettre de change. Et par la loi du 7 juin 1894 la remise de place à place « pierre angulaire du système de 1673 et de 1807 » a cessé d'être exigée. C'est l'abandon très net du système du Code, c'est le divorce prononcé entre la lettre de change moderne et l'ancien contrat de change auquel elle était liée. Mais le système du Code a vu, du même coup, rompre l'harmonie de sa conception. Dès l'instant que le point de vue ancien était abandonné, la provision devait être supprimée en même temps que la remise de place à place.

Une théorie juridique vraiment satisfaisante de la provision n'est possible que si celle-ci est exigée dans tous les cas par la loi, et exigée non pas seulement au moment de l'échéance, mais au moment de l'émission de l'effet. Elle constitue alors un terrain ferme sur lequel on peut édifier. Nous avons vu, au contraire, les écueils auxquels se heurtent les essais de synthèse qui ont été fournis.

(1) Répert. Dalloz, v° Effets de commerce, p. 62 en note, d'après Nouguier.

A notre sens, c'est compliquer inutilement l'opération que de faire entrer la créance originaire dans la réglementation de la lettre de change. « La créance est conservée avec ses traits individuels », dit-on. Mais combien son transport dans le droit de change ne la défigure-t-il pas ! Ses vices disparaissent, puisque le tiré ne peut opposer au porteur les exceptions originaires. Ses moyens d'exécution et de transmission se modifient. L'on prétend que ses accessoires actifs l'accompagnent pourtant : mais nous avons vu que la jurisprudence fait à cet égard une distinction dont on ignore le critère exact. En résumé, la créance primitive, en s'insinuant dans la traite, devient méconnaissable. Nous avons marqué en outre l'inélégance d'une construction juridique qui tend à superposer deux actions dans les mains du porteur.

On pourrait, semble-t-il rayer délibérément de notre Code de commerce les dispositions relatives à la provision. Est-ce à dire que nous entendions adhérer au système allemand de l'acte abstrait ? En aucune façon : ces conceptions formelles, en honneur dans la doctrine moderne d'outre-Rhin, sont, ainsi que le démontrait excellemment M. Thaller, en contradiction avec les tendances traditionnelles de notre droit (1). Mais, sans transformer la lettre de change en une sorte de « stipulatio » écrite, on pourrait, semble-t-il, ne pas lui imposer le faix inutile

(1) Thaller. Nature juridique du titre de Crédit Ann. de Droit commercial, 1906 et 1907.

de la créance originaire. Cette créance est sa cause, mais elle ne pénètre pas dans l'effet. Celui-ci donne à ses porteurs successifs une action de change, dont on connaît la force et les garanties en considérant le titre en lui-même, sans aller fouiller les dessous de la traite. L'exercice de cette action est soumis à des formalités particulières, elle est munie d'une garantie particulière, celle qui provient de tous les souscripteurs, personnellement engagés par leur signature : d'autre part la forme de cette action est telle que les exceptions personnelles à l'un des porteurs ne sont pas opposables aux porteurs subséquents. Tous ces éléments sont connus et leur valeur est appréciable aussitôt que la traite est proposée à un preneur. A celui-ci de voir si les garanties de l'effet lui paraissent suffisantes, ou de provoquer, au cas contraire, l'adjonction de garanties supplémentaires. S'il n'est point payé à l'échéance il recourra contre les souscripteurs. S'il néglige de le faire à temps, sera-t-il désarmé ? Non, si le tiré a refusé de payer parce qu'il ne doit rien au tireur, car le tireur n'a pas fourni au premier preneur la contre partie de la valeur par lui reçue en paiement de la traite ; dès lors ce paiement était fait sans cause et il est sujet à répétition. Ce système, qui est à peu près celui du droit anglais, ramène la provision à sa vraie notion : la notion de cause examinée dans les rapports du tireur et du tiré. Il permet d'ailleurs que des précautions particulières soient prises contre le danger d'enrichissement injuste du

tireur qui n'aurait rien déboursé, aux dépens d'un porteur négligent.

A l'égard de ce porteur négligent, rien ne serait changé pratiquement. Quant aux effets de complaisance, ils seraient sanctionnés par la loi pénale, ce qui est le moyen le plus efficace d'en prévenir l'abus. Sans doute le droit de préférence du porteur sur la provision disparaîtrait, mais nous avons déjà dit que nous le considérons comme injuste et mal fondé. Quant aux garanties résultant des accessoires conservés de la créance primitive, elles nous paraissent pratiquement médiocres : l'adjonction d'une garantie de change telle que l'aval, réclamée par le porteur, les remplacerait toujours avec avantage. Et, en replaçant la provision sur le terrain du droit commun, on allègerait le droit de change d'une construction parasite et superfétatoire, dont le maintien ne se justifie plus.

Notre opinion une fois donnée, empressons-nous de dire qu'elle a peu de chances de prévaloir. Les discussions de Bruxelles et de La Haye (1) ont clairement montré en effet qu'à tort ou à raison, la pratique française est très attachée au système des droits du porteur. Les chambres de commerce, le syndicat des banquiers ont émis sur ce point des avis presque unanimes. Et M. Lyon-Caen a déclaré, à La Haye, en 1910, que la France ne pouvait re-

(1) Emile Potu. De l'unification du Droit relatif à la lettre de change et du billet à ordre, au point de vue historique, économique, juridique et en droit constitutionnel. Thèse Dijon 1914.

noncer à un système qui lui donne entière satisfaction. Nous croyons que l'on s'attache bien plutôt à des habitudes ou des manières de voir familières qu'à des intérêts véritables. Mais nulle part, autant qu'en matière commerciale l'usage n'est digne de respect. Si une solution transactionnelle n'est pas possible ne pourrait-on pas du moins transporter la substance de notre théorie jurisprudentielle en un autre chapitre de notre Code de commerce, afin de permettre une complète unification internationale de celui qui touche à la lettre de change? La chose est possible et elle a été proposée. Il suffirait que, supprimant les textes relatifs à la provision, l'on transportât au chapitre des faillites, des dispositions formelles donnant au porteur de la lettre de change un privilège sur les créanciers ordinaires du tireur, dans des cas déterminés. Cela aurait pour premier avantage de donner un texte pour base au privilège que la jurisprudence a créé. Et cela permettrait en outre de supprimer, dans les textes mêmes du change, le seul obstacle actuel à une complète unification. Le résultat auquel tient la pratique française serait ainsi consacré et consolidé.

La proposition, faite au Congrès de La Haye par le docteur Meyer (1) n'a pas été adoptée, ayant été combattue dans une note de l'Union syndicale des banquiers de Paris et de la province. Il semble

(1) J. Bouteron. De l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre. Th. Paris 1912.

pourtant qu'elle constituait un moyen aisé de tourner la difficulté.

Mais si l'on considère l'état actuel de notre législation du change comme intangible, il y aurait peut-être une suprême ressource pour assurer une solution aisée des conflits de lois. On pourrait adopter une règle unique pour fixer, dans toutes les hypothèses, la loi applicable. Sans supprimer la fâcheuse diversité des législations, cela ôterait du moins le doute sur celle qui doit régir un cas donné. Une proposition avait été déposée en ce sens par le docteur Kriege au Congrès de La Haye de 1910, mais la commission de droit international privé n'a pu arriver à un accord même sur ce point.

c) La provision est, par contre, considérée à peu près unanimement comme un élément essentiel à la validité du chèque. En effet le chèque, instrument exclusif de retrait de fonds perd sa raison d'être dès l'instant qu'il n'existe plus de fonds à retirer. C'est ce qui explique que des législations, en principe hostiles à la notion de provision, aient dû finir par l'admettre en matière de chèque : ainsi ont fait la loi autrichienne de 1906 et la loi allemande de 1908.

Il nous semble également légitime d'attribuer au porteur du chèque un droit particulier sur la provision. Le Code hollandais le fait en termes exprès ; notre jurisprudence avait adopté pareille solution et la loi du 2 août 1917 en a consacré le principe et étendu l'application à la provision même insuffi-

sante. Le chèque est de la sorte assimilé d'aussi près que possible à une véritable monnaie de papier : il est naturel qu'un paiement effectué en chèque transfère au porteur la valeur d'argent dont cet effet de commerce est le signe et en l'absence de laquelle il serait inexistant.

La réglementation actuelle du chèque ne varie guère d'une législation à l'autre ; il est à croire que l'on n'aura pas de grands obstacles à surmonter pour arriver à une complète unification.

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET (I.). — *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, t. IV, 3^e éd., Paris, 1879.
- ARTHUYS (F.). — Lettre de change; propriété de la provision. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906.
- BAÏCOÏANU (G.). — De la provision en matière de lettres de change et de chèques. *Thèse Paris*, 1906.
- BARCLAY et DAINVILLE. — Les effets de commerce dans le droit anglais. Paris, 1384.
- BEDARRIDE (J.). — Des lettres de change et billets à ordre, 2^e éd., Paris, 1877.
- BENTEJAC (M.). — De la provision dans la lettre de change. *Thèse Bordeaux*, 1884.
- BOISTEL (A.). — *Précis de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1878.
- BOKANOWSKI. — Rapport préparatoire à la loi du 2 août 1917. *Journal officiel*, docum. parlement., 1917.

- BOURCART (G.). — La provision dans le billet à ordre. *Bulletin du Comité des travaux historiques*, section des sciences économiques et sociales, 1901.
- BOUTERON (J.). — De l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre. *Thèse Paris*, 1912.
- BRAVARD et DEMANGEAT. — *Traité de droit commercial*, Paris, 1862.
- CHAMPCOMMUNAL. — Etude sur la lettre de change en droit international privé. *Annales de droit commercial*, 1894.
- DALLOZ. — *Jurisprudence générale*, répertoire et supplément; répertoire pratique: v. chèque, effets de commerce, lettre de change.
- DELAMARRE et LE POITVIN. — *Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1861.
- ESCARRA (J.). — La lettre de change en blanc. *Annales de droit commercial*, 1908.
- FAUVEL (E.). — Des chèques. *Thèse Paris*, 1902.
- FREMERY (A.). — Etudes de droit commercial, Paris, 1833.
- GRÜNHUT. — Wechselrecht. *Collection Binding*, t. I, Leipzig, 1897.
- HARISTOY (J.). — Virements en banque et chambres de compensation. *Th. Paris*, 1906.
- HEMARD (J.). — Des effets de complaisance. *Thèse Paris*, 1900.
- HUBERT (F.). — Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français. *Thèse Poitiers*, 1899.

- HUVELIN (P.). — Les travaux récents sur l'histoire de la lettre de change. *Annales de droit commercial*, 1901.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — *Traité de droit commercial*, 4^e éd., Paris, 1907, t. IV.
- LOCRÉ. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVIII, Paris, 1832.
- NOUGUIER. — Des lettres de change et des effets de commerce, Paris, 1875.
- PARDESSUS. — *Traité du contrat et des lettres de change. Cours de droit commercial*, Paris, 1814.
- PATEY (R.). — De la provision en matière de lettres de change et de chèques. *Thèse Paris*, 1903.
- PERCEROU (J.). — Une campagne pour l'introduction en Autriche de la traite non acceptable avec affectation spéciale de provision. *Annales de droit commercial*, 1913.
- PERROUD. — Des effets de complaisance. *Annales de droit commercial*, 1905.
- PICHON (Ad.). — De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre. *Thèse Paris*, 1904.
- PLANIOL (M.). — *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., Paris, 1909.
- POTHIER (R.-J.). — *Traité du contrat de change*, Paris, 1820.
- POTU (E.). — De l'unification du droit relatif à la lettre de change et au billet à ordre. *Thèse Dijon*, 1914.

- RAY (E.). — Projet d'entente entre les Etats pour l'unification des lois en matière de change. *Thèse Nancy*, 1907.
- ROCHE (R.). — Des effets de complaisance. *Thèse Bordeaux*, 1912.
- RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime*, 3^e éd., Paris, 1877.
- THALLER (E.). — *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^e éd., Paris, 1916.
- L'unification de la lettre de change. *Bull. de la Soc. de législ. comparée*, 1900.
- De la nature juridique du titre de crédit. *Annales de droit commercial*, 1906-1907.
- THÖL. — *Entwurf einer Wechselordnung für Mecklenburg*. Rostock, 1847.
- TROULLIER (A.). — Documents pour servir à l'histoire de l'évolution des effets de commerce et notamment de la lettre de change. Paris, 1912.
- VALÉRY (J.). — *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914.
- Une traite de Philippe le Bel; Contribution à l'histoire de la lettre de change. *Revue générale du droit*, 1908, p. 185; 1909, p. 48 et p. 97.
- Le chèque à provision insuffisante. *Moniteur judiciaire du Midi*, 1906, p. 179.
- WEISS. — *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^e édition, Paris.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

DE LA PROVISION EN MATIÈRE DE LETTRE DE CHANGE

CHAPITRE PREMIER. — Nature et caractères de la provision	19
Définitions. Etymologie.	
§ 1 ^{er} En quoi peut consister la provision	20
1. Créance d'argent. Suffisance. Exigibilité. Liquidité : cas du compte courant. 2. Provision en numéraire. 3. Provision en marchandises. Vente. Garantie. Contrat de consignment. — La provision reste dans cette hypothèse une créance d'argent. Quid de la provision constituée en période suspecte ? Acceptation des marchandises par le Tiré. Affectation spéciale. 4. Ouverture de crédit. 5. Traite documentaire. — Synthèse : la provision est toujours une créance d'argent.	
§ 2. Par qui la provision doit être fournie.....	44
Cas du Tireur pour compte et du donneur d'ordre.	
§ 3. Pour quel moment la provision est-elle prévue par la loi	47
Cas de la provision périe entre émission et échéance par le fait du Tiré.	
§ 4. Où doit être faite la provision	52
Cas du domiciliataire.	

CHAPITRE II. — Attribution de la provision.....	54
Position du problème.	
§ 1 ^{er} Examen doctrinal.....	56
1. Théorie de l'indépendance des rapports Tireur-Tiré et Tireur-Preneur. 2. Théorie de la Délégation. 3. Théorie de la cession de créance ; a) par analogie avec les formalités de l'article 1690 civ. ; b) par simple endossement. — Objections doctrinales.	
§ 2. Exposé de jurisprudence.....	74
1. Système primitif : pas de transfert de la provision au porteur. 2. Système intermédiaire : l'acceptation règle le sort de la provision. 3. Système actuel : la transmission de la provision a lieu dans tous les cas. Applications : a) faillite du Tireur ; b) rapports du Porteur avec le Tiré ou ses ayants-cause. — La transmission de la provision se fait-elle intégralement ? 4. Critique du système jurisprudentiel. Conclusion.	
CHAPITRE III. — Conséquences du défaut de provision.	98
Principe : En matière de lettre de change, la provision est facultative.	
§ 1 ^{er} . Du porteur et des endosseurs négligents.....	101
Application des principes de l'enrichissement sans cause.	
§ 2. Des effets de complaisance.....	105
1 ^o Sanction civile. 2 ^o Sanctions pénales. — Efficacité prédominante de celles-ci ; a) cas de faillite ; b) peines de l'escroquerie.	
§ 3. De la provision partielle	123
§ 4. Du concours de plusieurs traites en cas d'insuffisance de la provision... ..	125
CHAPITRE IV. — De la preuve de la provision.....	128
§ 1 ^{er} Charge de la preuve.....	129
1. Rapports du Porteur et du Tireur. 2. Rapports du Tireur et du Tiré. Analyse de l'article 117 du Code de commerce.	
§ 2. Modes de preuve.....	132

	Pages
CHAPITRE V. — Examen des législations étrangères.	133
§ 1 ^{er} . Législations ayant adopté le système français.	134
§ 2. Législation allemande.....	135
Sources. Théorie. Conséquences pratiques.	
§ 3. Législation anglaise.....	140
Son esprit. Ses solutions de fait.	
CHAPITRE VI. — Conflits de lois.	145
1. Obligation de faire provision. 2. Droits du porteur.	
3. Nature et caractères de la provision. — Projets d'unification.	

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PROVISION DANS LE CHÈQUE

CHAPITRE PREMIER. — Nature et caractère de la provision dans le chèque.....	154
Son importance. Elle doit être : 1) intégrale ; 2) préalable ; 3) disponible ; 4) entre les mains du Tiré.	
CHAPITRE II. — Attribution de la Provision, Preuve de la provision.....	162
1. Droits du porteur sur la provision. Doctrine. Jurisprudence. Limitation de ces droits. Leur consécration légale.	
2. Preuve ; a) porteur-tireur ; b) porteur-tiré ; c) tireur-tiré. Modes de preuve.	
CHAPITRE III. — Conséquences du défaut de provision	171
Principe : en matière de chèque, la provision est obligatoire.	
§ 1 ^{er} Sanctions civiles.....	171
a) Absence de provision : b) provision insuffisante.	
§ 2. Sanctions pénales	176
a) Avant la loi du 2 août 1917 ; b) depuis cette loi.	

	Pages
CHAPITRE IV. — Législations étrangères. Conflits de lois.....	183
1. a) Système anglais ; b) système belge ; c) Code hollandais ; d) système allemand. 2. a) Provision ; b) sanctions fiscales applicables.	
CONCLUSION.....	188
Des possibilités d'unification.	
§ 1 ^{er} Les conceptions en présence.....	189
a) Système français ; b) système allemand ; c) droit anglais.	
§ 2. Conséquences pratiques des trois systèmes exposés	194
a) Porteur négligent ; b) effets de complaisance ; c) droits du porteur ; d) transmission des garanties de la créance originaire.	
§ 3. Bases de réglementation uniforme.....	196
a) billet à ordre ; b) lettre de change ; c) chèque.	
BIBLIOGRAPHIE.....	205

Vu et approuvé

Montpellier, le 27 novembre 1919.

Vu : le Doyen,
BREMOND.

Vu : Le Président de la Thèse

Montpellier, le 27 novembre 1919.
Jules VALÉRY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 28 novembre 1919.

Le Recteur,
Jules COULET.

